الجزء الثاني عشر

وهو ﴿ المجلد الثالث ﴾ من

تكملة المجموع

شرح المهذب

(للامام العلامة الفقيه تقي الدين ابو الحسن علي بن عبد الكافي السبكي المتوفى سنة ٧٥٦ هـ)

﴿ ويليه ﴾

فتح العزيز

شرح الوجيز

(وهو الشرح الكبير للامام الجليل أبي القاسم عبد الكريم بن محمد الرافعي المتوفى سنة ٦٢٣ هـ)

﴿ ويليه ﴾

التلخيص الحبير

في تخريج أحاديث الرافعي الكبير

(للامام الحافظ الحجة أبي الفضل أحمد بن علي بن حجر العسقلاني المتوفى سنة ٨٥٢ هـ)

﴿ تنبيه ﴾ (جعلنا المجموع في أعلى الصفحة ويليه فتح العزيز ويليه التلخيص مفصولا بينها بجدول)

مطبعة التضامن الأخوي لصاحبها حافظ محمد داود
بشارع كفر الزغارى عطفة الشيخ حمزة نمرة ٤ بالحسينية بمصر

بسم الله الرحمن الرحيم

باب بيع المصرات والرد بالعيب

﴿ قال المصنف رحمه الله تعالى ﴾

﴿ إذا اشترى ناقة أو شاة أو بقرة مصراة ولم يعلم بأنها مصراة ثم علم أنها مصراة فهو بالخيار بين أن

قال ﴿ كتاب القراض ﴾ وفيه ثلاثة أبواب الباب الأول فى أركان صحته ﴾

﴿ وهى ستة (الأول رأس المال) وشرائطه أربعة وهى أن يكون نقداً معيناً معلوما مسلماً ﴾ احترزنا بالنقد عن العروض والنقرة التى ليست مضروبة فان مايختلف قيمته إذا جعل رأس المال فاذا رد بالأجرة اليه ليتميز الربح فربما ارتفع قيمته فيستغرق رأس المال جميع الربح ﴾ أو نقص فيصير بعض رأس المال ربحاً ﴾ ولا يجوز (و) على الفلوس ولا على الدراهم (ح و) المغشوشة ﴾

العقد المعقود له الباب هو أن يدفع مالا إلى غيره ليتجر فيه على أن يكون الربح بينهما ويسمى ذلك قراضاً ومقارضة وقد يسمى مضاربة وأشهر اللفظين القراض عند الحجازيين والمضاربة عند العراقيين واشتقاق القراض من قولهم قرض الفأر الثوب أى قطعه ومنه المقراض لأنه يقطع به وسمى قراضاً اما لأن المالك اقتطع قطعة من ماله فدفعها إلى العامل أو لأنه اقتطع له قطعة من الربح وقيل اشتقاقه من المقارضة وهى المساواة والموازنة سمى به لتساويهما فى قوام العقد بهما فمن هذا المال ومن هذا العمل لتساويهما فى استحقاق الربح (وأما) المضاربة فانه تقع على هذا العقد لأن كل واحد منهما يضرب فى الربح بسهم أو لما فيه من الضرب بالمال والتقليب ﴾ ويقال للمالك من اللفظة الأولى مقارض والعامل مقارض ومن اللفظة الثانية للعامل مضارب لأنه الذى يضرب بالمال ولم يشتقوا للمالك منها اسماً ﴾ واحتج الأصحاب للقراض باجماع الصحابة ذكر الشافعي رضى الله عنه فى اختلاف العراقيين أن أبا حنيفة روى عن حميد بن عبد الله بن عبيد الأنصارى عن أبيه عن جده « أن عمر بن الخطاب رضى الله عنهم أعطى مال يتيم مضاربة فكان يعمل به فى العراق »[1] وروى «أن عبد الله وعبيد الله

﴿ كتاب القراض ﴾

﴿ حديث ﴾ عروة البارق فى شراء الشاتين تقدم فى أوائل البيع ﴾

(١) ﴿ حديث ﴾ أن عمر أعطى مال يتيم مضاربة البيهقى بسنده إلى الشافعى فى كتاب اختلاف العراقيين أنه بلغه عن حميد بن عبد الله بن عبيد الأنصارى عن أبيه عن جده به ﴿ تنبيه ﴾ قال ابن داود شارح المختصر الرجل الذى أعطاه عمر المال هو عبيد الأنصارى (قلت) وعبيد هو راوى الخبر

يمسك و بين أن يرد لما روى أبو هريرة أن رسول الله ﷺ قال « لاتصروا الابل والغنم للبيع فمن ابتاعها بعد ذلك فهو بخير النظرين بعد أن يحلبها ثلاثا ان رضيها أمسكها و إن سخطها ردها وصاعا من تمر » وروى ابن عمر أن النبي ﷺ قال « من ابتاع محفلة فهو بالخيار ثلاثة أيام فان ردها رد معها مثل أو مثلي لبنها قمحاً » *

﴿ الشرح ﴾ حديث أبي هريرة متفق عليه رواه الأئمة مالك فى الموطأ والشافعي عنه والبخاري ومسلم فى صحيحيهما وأبو داود والترمذي والنسائي وابن ماجه وليس فى شيء من الفاظهم ولا فى غيرها مما وقفت عليه من كتب الحديث اللفظ الذى أورده المصنف هكذا وهذا الحديث رواه عن أبى هريرة جماعة منهم عبد الرحمن الأعرج المشهور بصحته ولفظه لاتصروا الابل والغنم فمن ابتاعها بعد ذلك فهو بخير النظرين بعد أن يحلبها ان رضيها أمسكها وان سخطها ردها وصاعاً من تمر رواه البخارى ومسلم وأبو داود وليس فيه بعد أن يحلبها ثلاثا وكذلك رواه الشافعى وفيها زيادة لاتصروا الابل والغنم للبيع كذلك رواه المزنى عنه وقيل أن المزنى انفرد بهذه الزيادة عن الشافعى رحمه الله (وأما) الربيع فانه روى عنه كما روى الجماعة بدون هذه الزيادة ومن الرواة له عن أبى هريرة رضى الله عنه أبو بكر محمد بن سيرين ولفظه « من اشترى شاة مصراة فهو بالخيار ثلاثة أيام فان ردها رد معها صاعاً

ابني عمر بن الخطاب لقيا أبا موسى مصرفهما من غزوة نهاوند فتسلفا منه مالاً وابتاعا به متاعاً وقدما المدينة فباعا وربحا فيه فأراد عمر رضى الله عنه أخذ رأس المال والربح كله فقالا لو تلف كان ضمانه علينا فكيف لايكون ربحه لنا فقال رجل لأمير المؤمنين لو جعلته قراضاً فقال قد جعلته وأخذ منهما نصف الربح »[1] يقال ان ذلك الرجل هو عبد الرحمن بن عوف رضى الله عنه وأظهر ماذكره الأصحاب فى محل القضية و به قال ابن سريج ان ماجرى كان قرضاً صحيحاً وكان الربح ورأس المال لهما لكن عمر رضى الله عنه استنزلهما عن بعض الربح خيفة أن يكون قصد أبو موسى ارفاقهما لارعاية مصلحة

ولم أر فى طريق الشافعى التصريح بأنه هو الذى أعطاه عمر ولكنه عند ابن أبى شيبة عن وكيع وابن أبى زائدة عن عبد الله بن حميد بن عبيد عن أبيه عن جده أن عمر دفع اليه مال يتيم مضاربة *

(١) ﴿ حديث ﴾ ان عبد الله وعبيد الله ابنى عمر بن الخطاب لقيا أبا موسى الأشعرى بالبصرة مصرفهما من غزوة نهاوند فتسلفا معه مالا وابتاعا به متاعاً وقدما به المدينة فباعاه وربحا فيه فأراد عمر أخذ رأس المال والربح كله فقالا له لو تلف كان ضمانه علينا فكيف لايكون ربحه لنا فقال رجل لأمير المؤمنين لو جعلته قراضاً فقال قد جعلته وأخذ منهما نصف الربح مالك فى الموطأ والشافعى عنه عن زيد بن أسلم عن أبيه به أتم من هذا السياق واسناده صحيح ورواه الدارقطنى من طريق عبد الله ابن زيد بن أسلم عن أبيه قوله الرجل الذى قال لعمر ذلك قيل أنه عبد الرحمن بن عوف هذا حكاه ابن داود شارح المختصر وتبعه القاضى حسين والامام والغزالى وابن الصلاح قال ابن داود وكان المال

من طعام» لاسمراء فى رواته من طريقة « من اشترى مصراة فهو بخير النظرين إن شاء أمسكها وإن شاء ردها وصاعاً من تمر » لاسمراء [1] رواهما مسلم وأبو داود * وروى الترمذى والنسائي وابن ماجه بعض ذلك وروى أبو صالح عن أبي هريرة ولفظه « من ابتاع شاة مصراة فهو فيها بالخيار ثلاثة أيام إن شاء أمسكها وإن شاء ردها ورد معها صاعاً من تمر » رواه مسلم * (قال) البخارى قال

بيت المال * ولذلك قال فى بعض الروايات أو أسلف كل الجيش كما اسلفكما * وعن العلاء بن عبد الرحمن بن يعقوب عن أبيه « أن عثمان رضى الله عنه أعطاه مالا مقارضة » [1] وأيضاً « عن علي وابن مسعود وجابر وحكيم بن حزام رضى الله عنهم تجويز المضاربة » [2] وأيضاً فان « السنة الظاهرة وردت فى المساقاة » [3] وإنما جوزت المساقاة للحاجة من حيث إن مالك النخيل قد لايحسن

(١) بياض بالاصل

مائة ألف درهم * ﴿ تنبيه ﴾ قال الطحاوى يحتمل أن يكون عمر شاطرهما فيه كما كان يشاطر عماله اموالهم وقال البيهقى تأول المزنى هذه القصة بأنه سألهما لبره الواجب عليهما أن يجعلا كله للمسلمين فلم يجيباه فلما طلب النصف أجاباه عن طيب أنفسهما *

(١) ﴿ حديث ﴾ العلاء بن عبد الرحمن عن أبيه أن عثمان أعطاه مالا مقارضة مالك عن العلاء عن أبيه عن جده أنه عمل فى مال لعثمان على أن الربح بينهما ورواه البيهقى من طريق ابن وهب عن مالك وليس فيه عن جده انما فيه أخبرنى العلاء عن أبيه قال جئت عثمان فذكر قصة فيها معنى ذلك *

(٢) ﴿ قوله ﴾ روى عن علي وابن مسعود وابن عباس وجابر وحكيم بن حزام تجويز المضاربة أما على فروى عبد الرزاق عن قيس بن الربيع عن أبي حصين عن الشعبي عنه فى المضاربة الوضيعة على المال والربح على ما اصطلحوا عليه وأما ابن مسعود فذكره الشافعى فى كتاب اختلاف العراقيين عن أبي حنيفة عن حماد عن ابراهيم عنه أنه أعطى زيد بن خليدة مالا مقارضة وأخرجه البيهقى فى المعرفة وأما ابن عباس فلم أره عنه نعم رواه البيهقى عن أبيه العباس بسند ضعفه وأخرج الطبرانى فى الأوسط من طريق حبيب بن يسار عن ابن عباس قال كان العباس اذا دفع مالا مضاربة فذكر القصة وفيه أنه رفع الشرط الى النبي ﷺ فأجازه وقال لايروى الا بهذا الاسناد تفرد به محمد بن عقبة عن يونس ابن ابراهيم عن الجارود عنه (وأما) جابر فرواه البيهقى بلفظ أنه سئل عن ذلك فقال لابأس بذلك وفى اسناده ابن لهيعة وأما حكيم بن حزام فرواه البيهقى بسند قوى انه كان يدفع المال مضاربة الى أجل ويشترط عليه أن لايمر به بطن واد ولا يبتاع به حيوانا ولايحمله فى بحر فان فعل شيئا من ذلك فقد ضمن ذلك المال ﴿ فائدة ﴾ قال ابن حزم فى مراتب الاجماع كل أبواب الفقه فلها أصل من الكتاب أو السنة حاشى القراض فما وجدنا له أصلا فيهما البتة ولكنه اجماع صحيح مجرد والذى نقطع به انه كان فى عصره ﷺ فعلم به وأقره ولولا ذلك لما جاز *

(٣) ﴿ قوله ﴾ السنة الظاهرة وردت فى المساقاة سيأتى بعد هذا *

بعضهم عن ابن سيرين صاعاً من طعام وهو بالخيار ثلاثا * وقال بعضهم عن ابن سيرين صاعاً من تمر ولم يذكر ثلاثا والتمر أكثر اه كلام البخارى وروواه عن أبى هريرة موسى بن يسار ولفظه « من اشترى شاة مصراة فلينقلب بها فليحلبها وان رضى حلابها أمسكها وإلا ردها ورد معها صاعاً من تمر » رواه مسلم ورواه عن أبى هريرة أبو صالح ولفظه « من ابتاع شاة مصراة فهو فيها بالخيار ثلاثة أيام إن شاء أمسكها وإن شاء ردها ورد معها صاعاً من تمر » رواه مسلم وفى لفظ من رواية ابن سيرين « من اشترى من الغنم فهو بالخيار » رواه مسلم ورواه عن أبى هريرة همام بن منبه ولفظه « إذا ما أحدكم اشترى لقحة مصراة أو شاة مصراة فهو بخير النظرين بعد ان يحلبها إما هي والا فليردها وصاع تمر » رواه مسلم * قال بعضهم وهو دليل على الرد بغير أرش ورواه عن أبى هريرة ثابت مولى عبد الرحمن بن زيد ولفظه « من اشترى غنما مصراة فاحتلبها فان رضيها أمسكها وان سخطها ففي حلبتها صاع من تمر » رواه البخارى وأبو داود (وقال) بعضهم وهو دليل على أن صاع التمر فى مقابلة اللبن وأنه أخذ قسطاً من الثمن * ورواه عن أبى هريرة الشعبى ولفظه « من اشترى منكم محفلة فكرهها فليردها وليرد معها صاعاً من طعام » رواه ابن الجارود وفي لفظ من رواية ابن سيرين « من اشترى لقحة مصراة أو شاة مصراة فحلبها فهو باحد النظرين بالخيار ان شاء ردها وأناء من طعام » رواه البيهقى عن أبى عبد الله الحاكم بسند صحيح * وكل هذه الألفاظ مرفوعة إلى

تعهدها ولا يتفرغ له ومن يحسن العمل قد لايملك مايعمل فيه وهذا المعنى موجود فى القراض * ثم كلام الكتاب مندرج فى ثلاثة أبواب (أحدها) فيما يعتبر لصحة هذا العقد وما يعتبر تارة يعتبر فى رأس المال وتارة فى العمل وأخرى فى صفة العقد وأخرى فى العاقدين فسمى هذه الأمور أركاناً وبين مايشترط فى كل واحد منها (والثانى) فى أحكامه إذا صح (والثالث) فيما إذا انفسخ العقد بفسخ وغيره واحكامه وفيما إذا اختلفا فى كيفية جريان العقد بينهما كيف يفصل الأمر (أما الباب الأول) فالركن الأول منه رأس المال وله شروط (أحدها) أن يكون نقداً وهو الدراهم والدنانير المضروبة وفيه معنيان (أحدهما) أن القراض معاملة تشتمل على اغرار اذ العمل غير مضبوط والربح غير موثوق به وإنما جوزت للحاجة فتختص بما تسهل التجارة عليه وتروج بكل حال (وأشهرهما) وهو المذكور فى الكتاب أن النقدين ثمنا لايختلفان بالأزمنة والأمكنة إلا قليلا ولا يقومان بغيرهما والعروض تختلف قيمتها فلو جعل شيء منها رأس المال لزم أحد الأمرين أما أخذ المالك جميع الربح أو أخذ العامل بعض رأس المال ووضع القراض على أن يشتركا فى الربح وينفرد المالك برأس المال * ووجه لزوم أحد الأمرين أنهما إذا جعلا رأس المال ثوبا (فاما) أن يشترطا رد ثوب بتلك الصفات أو رد قيمته * إن شرطا الأول فربما كان قيمة الثوب فى الحال درهما ويبيعه ويتصرف فيه حتى

النبي ﷺ فهذه روايات أبي هريرة ليس في شيء منها اللفظ الذي ذكره المصنف بتمامه بل طريق الأعرج جمعت بين النهي عن التصرية وبيان حكمها من غير ذكر الثلاث * وطريق ابن سيرين وأبي صالح فيها ذكر الثلاث وهي مقتصرة على بيان الحكم والظاهر أنهما حديثان ولديسا حديثاً واحداً حتى يمكن أن تضاف هذه الزيادة الى الرواية الأولى بل والمعنى أيضاً مختلف لأن رواية ابن سيرين وأبي صالح الاثنين فيهما ذكر الثلاث (فالأول) يقتضي اثبات الخيار ثلاثاً من غير بيان ابتدائه (والثاني) يقتضي اثبات الخيار من غير بيان مدته فالجمع بينهما كما في الكتاب يقتضي التصريح بحكم لم يصرح به في شيء من الروايتين وهو أن يكون الخيار بعد الحلب ثلاثاً فالثلاث إما راجعة للخيار فيقتضي أنه بعد حلبها ثلاثاً يثبت الخيار وكل واحد من الامرين لم يدل عليه شيء من الروايات صريحاً (وأما الثاني) فلم يدل عليه أصلا لا صريحاً ولا ظاهراً وممن ذكر الحديث كما ذكره المصنف سواء العبدري في الكفاية والرافعي في التهذيب * وقالا رواه البخاري ومسلم وينبغي أن يكون مرادهما أصل الحديث لان ذلك اللفظ وممن ذكره كذلك أيضاً الشيخ أبو حامد في تعليقه وذكر أنه حديث

يبلغ المال عشرة ثم ترفع قيمة الثياب فلا يوجد مثل ذلك الثوب الا بعشرة فيحتاج العامل إلى صرف جميع مامعه إلى تحصيل رأس المال فيذهب الربح في رأس المال وربما كانت قيمته عشرة فباعه ولم يربح شيئاً ثم صار يؤخذ مثله بشيء يسير فيشتريه ويطلب قسيمة الباقي فحينئذ يفوز العامل ببعض رأس المال * وان شرطا رد القيمة فاما أن يشترطا قيمة حال المفاصلة أو قيمة حال الدفع (والأول) غير جائز لانها مجهولة ولأنه قد تكون قيمته في الحال درهما وعند المفاصلة عشرة فيلزم المحذور الاول (والثاني) غير جائز لأنه قد تكون قيمته في الحال عشرة وتعود عند المفاصلة إلى درهم فيلزم المحذور الثاني وفي النفس حسيكة من هذا الكلام لان لزوم أحد الامرين مبني على أن رأس المال قيمة يوم العقد أو يوم المفاصلة وبتقدير جواز القراض على العرض يجوز أن يكون رأس المال ذلك العرض بصفاته من غير نظر الى القيمة كما أنه المستحق في السلم وحينئذ إن ارتفعت القيمة فهو كخسران حصل في أموال القراض وإن انخفضت فهو كزيادة قيمة فيها * وعن الشيخ أبي محمد أنه كان يعول في اختصاص القراض بالنقدين على الاجماع ولا يبعد أن يكون العدول اليه لهذا الاشكال ويترتب على اعتبار النقدية امتناع القراض على الحلي والتبر وكل ماليس بمضروب لانها مختلفة القيمة كالعروض وكذلك لايجوز القراض على الفلوس ولا على الدراهم والدنانير المغشوشة لانها نقد وعرض وحكى الامام وجها أنه يجوز القراض على المغشوش اعتباراً برواجه وادعاء الوفاق على امتناع القراض في الفلوس لكن صاحب التتمة ذكر فيها أيضا الخلاف وعن أبي حنيفة يجوز القراض في المغشوش إذا لم يكن الغش أكثر *

مختصر المزنى والمصنف تبع الشيخ أبا حامد فى ذلك والموجود فى مختصر المزنى ليس فيه هذه اللفظة ولم يذكرها القاضى أبو الطيب في تعليقه أيضا وإنما ذكر على الصواب وذكره ابن أبى هريرة فى تعليقه بلفظ قريب مما ذكره المصنف فيه الخيار ثلاثا وليس فيه بعد أن يحلبها وهو مصدر بالنهى كما ذكره المصنف وهو فى الغرابة كاللفظ الذى أورده المصنف * وذكره أيضا جماعة من الاصحاب منهم الغزالى كما ذكره المصنف وأصل الحديث ثابت متفق عليه بالالفاظ المتقدمة على ماتبين أجمع أهل العلم بالحديث على صحته وثبوته من حديث أبي هريرة رواه عن الاعرج ومحمد بن سيرين وأبو صالح السمان وهمام بن منبه وثابت مولى عبد الرحمن وقد تقدمت روايتهم ومحمد بن زياد ورواياته فى جامع الترمذى بقريب من الالفاظ المتقدمة وموسى بن يسار وقد تقدم ومجاهد وأبو اسحق ويزيد ابن عبد الرحمن بن أذينة وغيرهم ورواه عن هؤلاء وعن من بعدهم خلائق لايحصون حتى ادعى بعضهم أنه صار الى التواتر وقال ابن عبد البر حديث المصراة ثابت صحيح لايدفعه أحد من أهل العلم بالحديث (وأما) حديث ابن عمر فرواه أبو داود وابن ماجه باللفظ الذى ذكره المصنف * قال الخطابى

قال ﴿ واحترزنا بالمعلوم عن القراض على صرة دراهم * فان جهل رأس المال يؤدى إلى جهل الربح * واحترزنا بالمعين عن القراض على دين فى الذمة * ولو عين وأبهم فقال قارضتك على أحد هذين الألفين والاخر عندك وديعة وهما فى كيسين متميزين ففيه وجهان * ولو كان النقد وديعة أو رهناً فى يده أو غصباً وقارضه عليه صح * وفى انقطاع ضمان الغصب خلاف ﴾ *

(الشرط الثانى) أن يكون معلوماً فلو قارض علي كفين من الدراهم أو صرة مجهولة القدر لم يجز لانه إذا كان رأس المال مجهولا * كان الربح مجهولا ويخالف رأس مال السلم حيث يجوز أن يكون مجهول القدر على أحد القولين لان السلم لايعقد ليفسخ والقراض يعقد ليفسخ ويميز بين رأس المال والربح * وفى الشامل وغيره ان عند أبي حنيفة يجوز أن يكون رأس المال مجهول القدر * واذا تنازعا فيه عند المفاصلة فالمصدق العامل وعلى هذا فليكن قوله معلوماً فى الفصل السابق معلما ـ بالحاء ـ ولو دفع اليه ثوبا وقال بعه واذا قبضت ثمنه فقد قارضتك عليه لم يجز لانه مجهول ولما فيه من تعليق القرض وقال أبو حنيفة يصح ﴿ الشرط الثالث ﴾ أن يكون معينا فلو قارض على دراهم غير معينة ثم أحضرها فى المجلس وعينها حكى الامام عن القاضى وقطع به أنه يجوز كما فى الصرف ورأس مال السلم * والذى أورده صاحب التهذيب المنع * ولو كان له دين فى ذمة إنسان فقال لغيره قارضتك على ديني علي فلان فاقبضه واتجر فيه لم يجز لأنا لم نجوز القراض على العرض لعسر التجارة والتصرف فيها ومعلوم أن التصرف فى الدين أكثر عسراً فكان بالمنع أولى * ووجهه الامام بأن مافى الذمة لابد من تحصيله أولا وسنذكر أنه لايجوز فى القراض ضم عمل إلى التجارة ولكن مثل هذا العمل

وليس بإسناده بذاك (قال) الحافظ المنذرى والأمر كما قال فان جميع بن عمير قال ابن نمير هو من أكذب الناس (وقال) ابن حبان كان رافضيا يضع الحديث (قلت) وجميع بن عمير هو الذى له عن ابن عمر هذا الكلام عن ابن نمير وابن حبان من أشد ما قيل فيه وقد قال ابن أبي حاتم سألت أبي عنه فقال من عتق الشيعة ومحله الصدق صادق الحديث كوفى تابعى (وقال) البخارى فى التاريخ الكبير فيه نظر (وقال) البيهقى فى المعرفة لما ذكر هذا الحديث هذه الرواية غير قوية (وقال) فى كتاب السنن الكبير تفرد به جميع بن عمير وذكر عبد الحق هذا الحديث فى الاحكام ولم يتعرض لحال جميع ابن عمير هذا وانما أعله بصدقة بن سعيد الراوى عن جميع فانه أيضاً ليس بالقوى فهذا ما يتعلق بالحديثين اللذين فى الكتاب وقد روى حديث المصراة عن ابن عمر أيضاً بما يوافق رواية أبى هريرة رواه الدارقطني من حديث ليث عن مجاهد عن ابن عمر وأبى هريرة رفعا الحديث (قال) لا يبيع حاضر لباد ولا تلقوا السلع بأفواه الطرق ولا تناجشوا ولا يسم الرجل على سوم أخيه ولا يخطب على خطبة أخيه حتى ينكح أو يرد ولا تسأل المرأة طلاق أختها لتكتفي ما فى صحفتها فانما لها ما كتب لها ولا تبيعوا المصراة من الابل والغنم فمن اشتراها فهو بالخيار ان شاء ردها وصاعاً من تمر والرهن مركوب

يجوز أن يعد من توابع التجارة فلا يمتنع ضمه الى عمل القراض يؤيده قولهم انه لو كان له عند زيد دراهم وديعة فقال لعمرو قارضتك عليها فخذها وتصرف فيها يجوز ولو أن صاحب الدين قال قارضتك عليه لتقبض وتتصرف أو اقبضه * وقبضنيه فقد قارضتك عليه لم يصح أيضا واذا قبض العامل وتصرف فيه لم يستحق الربح المشروط بل الجميع للمالك وللعامل أجرة مثل التصرف إن كان قد قال إذا قبضت فقد قارضتك وان قال قارضتك عليه لتقبض وتتصرف استحق مثل أجرة التقارض والقبض أيضا * ولو قال المديون قارضتك على الدين الذى عليك لم يصح القراض أيضا لأنه إذا لم يصح والدين على الغير فلأن لا يصح والدين عليه كان أولى لأن المأمور لو استوفى ما على غيره ملكه وصح القبض وما على المأمور لا يصير للمالك بعزله من ماله وقبضه للامر بل لو قال اعزل قدر حقي من مالك فعزله ثم قال قارضتك لم يصح لأنه لم يملكه * واذا تصرف المأمور فيما عزله نظر ان اشترى بعينه للقراض فهو كالفضولى يشترى لغيره بعين ماله وان اشترى فى الذمة ونقد ما عزله ففيه وجهان (أحدهما) أنه للمالك لأنه اشترى له باذنه (والثانى) أنه للعامل لانه انما أذن فى الشراء بمال القراض إما بعينه أو فى الذمة لينقده فيه واذا لم يملكه فلا قراض وهذا أظهر عند الشيخ أبي حامد وفى التهذيب أن الاصح الاول بحيث كان المال المعزول للمالك فالربح ورأس المال له لفساد القراض وعليه الأجرة للعامل * ولو دفع اليه كيسين كل واحد منهما ألف وقال قارضتك على أحدهما فوجهان (أحدهما) الصحة لتساويهما (وأصحهما) المنع لعدم التعيين كما لو قال قارضتك على هذه الدراهم أو على هذه الدنانير وكما لو قال بعتك

ومحاوب » وليث المذكور فى سنده هو ليث بن أبي سليم ولا تقوم به حجة عند أكثر أهل العلم بالحديث وروى الدارقطني من حديث كثير بن عبد الله عن أبيه عن جده وهو عمرو بن عوف المزنى قال قال رسول الله ﷺ « لاحلب ولا جنب ولا إعراض ولا يبيع حاضر لباد ولا تصروا الأبل والغنم فمن ابتاعها بعد ذلك فهو إذا حلبها بخير النظر بن إن رضيها أمسكها وان سخطها ردها وصاعاً من تمر » وكثير بن عبد الله هـذا ضعيف جداً (قال) الشافعى رحمه الله فيه ركن من أركان الكذب (وقال) ابن حبان له عن أبيه عن جده نسخة موضوعة (قال) الدارقطنى عقب هذا الحديث تابعه عاصم بن عبد الله عن سالم عن ابن عمر فى المصراة وروى البيهقي رحمه الله فى السنن الكبير بسند جيد عن عبد الرحمن بن أبى ليلى التابعى الكبير الثقة المشهور عن رجل من أصحاب النبي ﷺ عن النبي ﷺ « أنه نهى أن تتلقى الاجلاب وأن يبيع حاضر لباد ومن اشترى مصراة فهو بخير النظر بن فان حلبها ورضيها أمسكها وان ردها رد معها صاعاً من طعام أو صاعاً من تمر » قال البيهقى يحتمل أن يكون هذا شكا من بعض الرواة فقال صاعاً من هذا أو من ذاك لا أنه على وجه التخيير ليكون موافقاً للأحاديث الثابتة فى هذا الباب * وروى البيهقى رحمه الله أيضا من حديث اسماعيل بن مسلم عن الحسن عن أنس بن مالك رضى الله عنه قال قال رسول الله ﷺ « من اشترى شاة محفلة فان

أحد هذين العبدين ولو كانت دراهمه فى يد غيره وديعة فقارضه عليها صح ولو كانت غصباً لم يصح فى وجه لأنه مضمون والقرض عقد أمانة (والأصح) الصحة كما إذا رهن من الغاصب وعلى هذا لايبرأ من ضمان الغصب كما فى الرهن وعند أبى حنيفة ومالك أنه يبرأ *

قال ﴿ وأردنا بالمسلم أن يكون في يد العامل * فلو شرط المالك أن يكون فى يده أو أن يكون له يد أو يراجع فى التصرف أو يراجع مشرفه فسد القراض لأنه تضييق للتجارة * ولو شرط أن يعمل معه غلام المالك جاز على النص ﴾ *

(الشرط الرابع) أن يكون رأس المال مسلماً إلى العامل ويستقل باليد عليه والتصرف فيه ولو شرط المالك أن يكون الكيس فى يده ليوفى الثمن منه إذا اشترى العامل شيئاً أو شرط أن يراجعه العامل فى التصرفات أو يراجع مشرفا نصبه فسد القراض لأنه قد لايجده عند الحاجة أو لايساعده على رأيه فيفوت عليه التصرف الرابح فالقراض موضوع توسعاً لطريق التجارة ولهذا الغرض احتمل فيه ضرب من الجهالة فيصان عما يخل به * ولو شرط أن يعمل معه المالك بنفسه فسد أيضاً لأن انقسام التصرف يفضى إلى انقسام اليد ويبطل الاستقلال وفى الرقم لأبى الحسين العبادى أن أبا يحيى البلخى جوز ذلك على طريق المعاونة والتبعية والمذهب الأول * ولو شرط أن يعمل معه غلام المالك فوجهان

لصاحبها أن يحتلبها فان رضيها فليمسكها و إلا فليردها وصاعا من تمر » اسماعيل بن ابراهيم مسلم متروك وروى أبو بكر الاسماعيلي رضى الله عنه فى كتابه الصحيح المستخرج على صحيح البخارى رحمه الله من حديث سليان التميمى عن عبد الله وهو ابن مسعود رضى الله عنه عن النبي ﷺ قال « من اشترى شاة محفلة فردها فليرد معها صاعا » رواه من حديث أبي خلف التيمى لكنه اختلف فى وقفه ورفعه فرواه البخارى فى الصحيح موقوفا من قول ابن مسعود رضى الله عنه وكذلك رواه الشافعى فى الأم فى أحكام على وابن مسعود رواه عن هشام هكذا رأيته فى الأم (وقال) ابن الأثير فيما بلغه عن هشام(وقال)الاسماعيلى أن أبا خالد رفعه وأن ابن المبارك ويحيى بن سعيد وابن أبى عدى ويزيد بن زريع وهشاما وجريراً وغيرهم رواه موقوفا على ابن مسعود ورواه البرقانى موقوفا على شرط البخارى وزاد «من تمر ماله» الأسناد والحكم على طريقة المحدثين شرط فى مثل هذا الموضع للوقف وتقديمه على رواية الرفع(أما) على طريقة الفقهاء فينبغى الحكم للرفع وان أبا خالد وهو سليم بن حيان الأحمر لأنه احتج به الشيخان ومن رفع معه زيادة من وقف والمخالف فى هذه المسئلة يحكم بصحة مثل ذلك فقد تلخصت روايات حديث المصراة من طريق أبى هريرة وابن عمر وعمرو بن عوف المزنى جد كثير بن عبد الله رضى الله عنهم ورجل من أصحاب النبى ﷺ وأنس بن مالك وابن مسعود

ويقال قولان (أحدهما) أنه لا يصح أيضاً كما لو شرط أن يعمل بنفسه لأن يد عبده يده (والثانى) وبه قال ابن سريج وأبو اسحق والأكثرون أنه يجوز لأن العبد مال يدخل تحت اليد ولمالكه اعارته واجارته فاذا دفعه الى العامل فقد جعله معيناً وخادماً للعامل فوقع تصرفه للعامل تبعاً لتصرفه بخلاف ما إذا شرط المالك أن يعمل بنفسه فانه لاوجه لجعله تابعاً * وموضع الخلاف ما اذا لم يصرح بحجر العامل فاما اذا قال على أن يعمل معه غلامى ولا يتصرف دونه أو يكون بعض المال فى يده فسد لامحالة ولو شرط فى المضاربة أن يعطيه بهيمة يحمل عليها ففى التتمة أنه على الخلاف فى مسألة الغلام ومنهم من قال قضية كلامه القطع بالجواز ولو لم يشترط الغلام معه ولكن شرط أن يكون ثلث الربح له والثلث لغلامه والثلث للعامل جاز وحاصله اشتراط ثلثى الربح لنفسه نص عليه فى المختصر حيث قال فان قارضه وجعل معه رب المال غلامه وشرط أن الربح بينه و بين العامل والغلام أثلاثا فهو جائز وكان لرب المال الثلثان * (واعلم) أن من لم يجوز شرط عمل الغلام قال المراد من هذا النص أن يجعل مع العامل فى قسمة الربح لا فى العمل ومن جوزه عمل باطلاقه وقال لافرق بين شرط عمله و بين تركه وهذا ماينزل عليه قوله فى الكتاب جاز على النص ولو شرط ثلث الربح لحر فسيأتى فى الركن الثالث *

رضى الله عنهم (وأصحهما) رواية أبي هريرة رضى الله عنه ورواية رجل من الصحابة سندها جيد ورواية ابن مسعود على طريقة المحدثين ضعيفة في رفعها وتجب علي طريقة كثير من الفقهاء التمسك بها وترجيح الحكم بالمرفوع ولا أرى التمسك بمثل هذا لمنصف في مثل هذا الموضع مع قوة الظن بالوقف لرجحان رواته كثرة وجلالة نعم ذكر الماوردي أن الشافعي رواه أعنى يحيى بن سعيد عن التيمى ولم أقف عليه في كلام الشافعي فان صح ذلك وكان الرفع فيه محققا تعين الحكم بصحته وقد ذكر الاسماعيلي عن يحيى بن سعيد أنه ممن رواه موقوفا فان صح ما ذكره الماوردى فيكون عنه روايتان والله أعلم (أما) اللغة فقوله ﷺ لاتصروا - فهو بضم التاء المثناة من فوق وفتح الصاد و بعد الراء المشددة واو وفتح لام الابل علي - مثال تزكوا (قال) القاضي عياض كذا صحيح الرواية من صرى إذا جمع مثقل ومخفف وهو تفسير مالك له والكافة من أهل اللغة والفقه و بعض الرواة تحذف واو الجمع وتضم لام الابل على مالم يسم فاعله و بعضهم يقول يصر - بفتح الياء وضم الصاد واثبات واو الجمع ونصب لام الابل - وخطأ القاضي هذين الوجهين (وقال) انهما لايصحان إلا على تفسير من فسر بالربط والشد من صر يصر (وقال) فيه المصرورة وهو تفسير الشافعي لهذه اللفظة كأنه يحبسه بربط أخلافها وشدها لذلك وخطأ ابن عبد البر الوجه الأخير وجعله وهما محتجا بأنه لو كان كذلك لكانت مصرورة قال وهذا

﴿ فرع ﴾ قال في التتمة ولو كان بينه و بين غيره دراهم مشتركة فقال لشريكه قارضتك على نصيبي منها صح اذ ليس فيه الا الاشاعة فانها لاتمنع صحة التصرفات قال وعلى هذا لو خلط القين بألف لغيره ثم قال صاحب الألفين للآخر قارضتك على أحدهما وشاركتك في الآخر فقبل جاز وانفرد العامل بالتصرف في الف القراض و يشتركان في التصرف في باقي المال ولا يخرج على الخلاف في الصفقة الواحدة تجمع عقدين مختلفين لأنهما جميعاً يرجعان إلى التوكيل بالتصرف ولا يجوز أن يجعل رأس مال القراض سكنى دار فان العروض إذا لم تجعل رأس مال فالمنافع أولى وهذا يمكن فهمه من الضبط المذكور في الكتاب *

قال ﴿ الركن الثاني العمل * وهو عوض الربح * وشروطه ثلاثة وهي أن يكون تجارة غير مضيقة بالتعيين والتأقيت * احترزنا بالتجارة عن الطبخ والخبز والحرفة * فان عقد القراض على الحنطة ليربح بذلك فاسد * أما النقل والكيل والوزن ولواحق التجارة تبع للتجارة * والتجارة هي الاسترباح بالبيع والشراء لا بالحرفة والصنعة ﴾ *

لما تكلم في رأس المال وشرائطه أخذ يتكلم فيما يقابله من طرف العامل وهو العمل و يشترط فيه أمور (أحدها) كونه تجارة ويتعلق بهذا القيد صور (منها) لو قارضه على أن يشترى الحنطة

لايجوز عندهم ولم يذكر ابن عبد البر الوجه الثاني وهو مثل الوجه الأخير وقيده الفارقي تلميذ المصنف بالوجه الثاني وابن معن شارح المهذب بالوجه الثالث وكلاهما خطأ والفارقي أقل عذراً لأن الواو ثابتة في جميع ماوقفت عليه من كتب الحديث ونسخ المهذب (قال) الخطابي اختلف أهل العلم واللغة في المصراة ومن أين أخذت واشتقت (فقال) الشافعي رضي الله عنه التصرية أن تربط اخلاف الناقة والشاة وتترك من الحلب اليومين والثلاثة حتى يجتمع لها لبن فيراه مشتريها كثيراً فيزيد في ثمنها فاذا تركت بعد تلك الحلبة حلبة أو اثنين عرف أن ذلك ليس بلبنها (قال) أبو عبيد المصراة الناقة أو البقرة أو الشاة التي قد صرى اللبن في ضرعها معنى حقن فيه أياماً فلم يحلب وأصل التصرية حبس الماء وجمعه يقال منه صريت الماء ويقال انما سميت المصراة لأنها مياه اجتمعت قال أبو عبيدة ولو كان من الربط لكان مصرورة أو مصررة قال الخطابي كأنه يريد به الرد على الشافعي قال الخطابي قول أبي عبيد حسن وقول الشافعي صحيح والعرب تصر ضروع الحلوبات اذا أرسلتها تسرح ويسمون ذلك الرباط صراراً فاذا راحت حلت تلك الأصرة وحلبت واستدل لصحة قول الشافعي بقول العرب (العبد لايحسن الكر والفر انما يحسن الحلب والصر) ويقول مالك بن نويرة فقلت لقومي هذه صدقاتكم مصررة اخلافها لم تجدد * قال ويحتمل أن أصل المصراة مصررة أبدلت إحدى الراءين ياء وقال الازهري

فيطحنها ويخبزها والطعام ليطبخه ويبيع والربح بينهما فهو فاسد وتوجيهه الملتئم من كلام الأصحاب أن الطبخ والخبز ونحوهما أعمال مضبوطة يمكن الاستئجار عليها وما يمكن الاستئجار عليه فيستغني عن القراض إنما القراض لما لايجوز الاستئجار عليه وهو التجارة التي لاينضبط قدرها وتمس الحاجة إلى العقد عليها فيحتمل فيه للضرورة جهالة العوضين وعلى هذا القياس ما إذا اشترط عليه أن يشتري الغزل فينسجه أو الثوب فيقصره أو يصبغه ولو اشترى العامل الحنطة وطحنها من غير شرط فعن القاضي الحسين في آخرين أنه يخرج الدقيق من كونه مال قراض ولو لم يكن في يده غيره ينفسخ القراض لأن الربح حينئذ لايحال على البيع والشراء فقط بل على التعبير الحاصل في مال القراض بفعله وغير التجارة لايقابل بالربح المجهول وعلى هذا فلو أمر المالك العامل أن يطحن حنطة مال القراض كان فسخاً للعقد والأظهر واليه ميل الامام وهو المذكور في التهذيب أن القراض بحاله ويلتحق ذلك بما إذا زاد عبد القراض بكبر أو سمن أو بتعلم صنعة فانه لايخرج عن كونه مال القراض ولكن العامل إذا استقل بالطحن صار ضامناً وعليه الغرم إن فرض نقص في الدقيق فان باعه لم يكن الثمن مضموناً عليه فانه لم يتعد فيه ولا يستحق العامل بهذه الصناعات أجرة على المالك ولو استأجر عليه أجيراً فأجرته عليه والربح بينه و بين المالك كما شرط (ومنها) لو قارضه على دراهم علي أن يشتري نخيلا

فى كلامه على مختصر المزنى جائز أن تكون سميت مصراة من صراخلافها كما قال الشافعى رحمه الله وجائز أن تكون سميت مصراة من الصرى وهو الجمع (يقال) صريت الماء فى الحوض إذا جمعته (ويقال) كذلك الماء صرى (وقال) عبيد * يارب ماء صرى وردته * سبيله خائف حدث * ومن جعله من الصر قال كانت المصراة فى الأصل مصررة فاجتمعت ثلاث راآت فقلبت إحداها ياء كما قالوا تظننت من الظن وكما قال العجاج * تقضي البازإذ البازى كسر * هذا كلام الأزهرى رحمه الله وكلام الشافعى رحمه الله المذكور هو فى مختصر المزنى وقال النووى رحمه الله وفى صحيح مسلم عن أبى هريرة رضى الله عنه قال نهى رسول الله ﷺ «عن النجش والتصرية» قال وهذا يدل لرواية الجمهور يعنى للضبط فى الرواية كما تقدم (وأما) الاشتقاق والمعنى المختلف فيه بين الشافعى وغيره فليس فيه تعرض له لأنه يصح ذلك مع إبدال الراء ياء على أنه ليس فى كلام الشافعى رحمه الله تصريح بأن ذلك مأخوذ من الصر وانما مقصوده ومدلول كلامه أنه فسر التصرية بالأمور المذكورة فى كلامه من الربط والترك من الحلب حتى يجتمع اللبن والشك أن ذلك فيه معنى الربط والجمع معاً فيحتمل أن تكون التسمية بذلك لأجل الجمع وذكر الربط لأنه المعتاد عند العرب على ماتقدم من كلام الخطابى ولأنه سبب

أو دواب أو مستغلات ويمسك زمامها لثمارها أو نتاجها أو غلاتها وتكون الفوائد بينهما فهو فاسد لأنه ليس استرباحاً بطريق التجارة والتجارة التصرف بالبيع والشراء وهذه الفوائد تحصل من غير مال لا من تصرفه (ومنها) لو شرط عليه أن يشترى شبكة ويصطاد بها ليكون الصيد بينهما فهو فاسد ويكون للصائد وعليه أجرة الشبكة (وقوله) فى الكتاب العمل وهو عوض الربح كان المراد فيه أن قضية ملك المالك رأس المال ملكه الربح فالقدر المشروط للعامل إنما ملكه عوضاً عن عمله للمالك وربما يقال رأس المال والعمل عوضان متقابلان ونعنى به أن رأس المال من المالك والعمل من العامل يتقابلان والربح يحصل من معاونتهما (وقوله) فان عقد القراض على الحنطة ليربح بذلك فهو فاسد أى الطحن والخبز وفى الصورة التى صورها للفساد سبب آخر وهو كون رأس المال عوضاً وإنما الصورة التى تختص بما نحن فيه أن يقارضه على دراهم على أن يشترى بها الحنطة ويطحن ويخبز على ماسبق (وقوله) أما النقل والوزن ولواحق التجارة تبع للتجارة معناه أن هذه الأعمال وإن كان العامل يأتى بها على ماسنبين فى الباب الثانى ماعلى العامل فليس ذلك كالطحن والخبز فانها من توابع التجارة ولواحقها التى انثنى العقد لها *

قال ﴿ ثم لو عين الخز الأدكن أو الخيل الأبلق للتجارة عليه * أو عين شخصاً للمعاملة معه فهو فاسد (ح و) لأنه تضييق * ولو عين جنس الخز أو البز جاز لأنه معتاد ﴾ *

فى احتباس اللبن وإذا كان كذلك فليس فى كلام الشافعى مخالفة لغيره إلا زيادة تبيين ما كانت العرب تفعله من ربط أخلاف الناقة والشاة ويحتمل أن يكون تسميتها بذلك لما اشتملت عليه من الصر والربط وحينئذ تتحقق المخالفة فالأقرب أن الشافعى إنما أراد المعنى الأول وقد قال أبو حاتم السجستانى الشافعى اعلم باللغة منا نقله عنه الثعلبي فى تفسير سورة النساء وروينا عن عبد الملك بن هشام قال قول الشافعى حجة فى اللغة قال الربيع وكان ابن هشام بمصر كالأصمعى بالعراق وقالا أبو عبيد الشافعى ممن يؤخذ عنه اللغة أو من أهل اللغة الشك من ابن أبي حاتم وقال المازنى الشافعى عندنا حجة فى النحو وقال أبو الوليد بن الجارود أن للشافعى لغة جيدة يحتج بها كما يحتج بالبطن من العرب وقال ثعلب أن الشافعى رحمه الله من بيت اللغة يجب أن تؤخذ عنه وقال أيوب بن سويد خذوا عن الشافعى اللغة وقال ثعلب أيضاً إنما يؤخذ الشافعي باللغة لأنه من أهلها وإنما ذكرت هذه الأقول كلها ليتبين قدر الشافعى عند أئمة اللغة وقد وقع فى كلامه رحمه الله أن التصرية أن يربط أخلاف الناقة والشاة وأخلاف جمع خلف — بكسر الخاء المعجمة وسكون اللام — (قال) ابن قتيبة الخلف لكل ذات خف والطبى للسباع وذوات الحافر وجمعه أطباء والضرع لكل ذات ظلف قال وقد يجعل الضرع أيضاً لذوات الخف والخلف لذوات الظلف والثدى للمرأة

(الأمر الثانى) أن لايكون مضيقاً عليه بالتعيين فلو عين نوعاً للاتجار فيه نظر إن كان مما يندر وجوده كالياقوت الأحمر والخز الأدكن والخيل البلق والصيد حيث يوجد نادراً فسد القراض فان هذا تضييق يخل بمقصوده وإن لم يكن نادر الوجود نظر إن كان يدوم شتاء وصيفاً كالحبوب والحيوان والخز والبز صح القراض وإن لم يدم كالثمار الرطبة فوجهان (أحدهما) أنه لايجوز كما إذا قارضه مدة ومنعه من التصرف بعدها نعم لو قال تصرف فيه فاذا انقطع فتصرف فى كذا جاز (وأصحهما) وبه قال أبو اسحق أنه يجوز لأنه يمنع التجارة فى تلك المدة ويخالف ما إذا قارضه مدة لانها قد تنقضى قبل أن يبيع ماعنده من العروض وهذا النوع سهل التصرف فيه مادام موجوداً وإذا انقطع لم يبق عنده شئ ولو قال لاتشترى إلا هذه السلعة أو إلا هذا العبد فسد القراض بخلاف ما اذا قال لاتشترى هذه السلعة وهذا العبد لان فيما سواهما مجالا واسعاً وكذا لو شرط أن لايبيع الا من فلان ولا يشترى الا منه لم يجز ولو قال لاتبع من فلان أو لاتشترى منه جاز وفى بعض شروح المفتاح أنه لايجوز كما لو قال لاتبع الا منه والمذهب الاول وبقولنا قال مالك وقال أبو حنيفة وأحمد يجوز أن يعين سلعة للشراء وشخصاً للمعاملة معه كما فى الوكالة وعن القاضى أبى الطيب أن الماسرخسى قال اذا كان الشخص المعين بياعا لاينقطع عنده المتاع الذى يتجر على نوعه غالبا جاز تعيينه *

(قلت) فاطلاق الشافعى اخلاف الناقة والشاة (إما) أن يكون على هذا القول (واما) أن يكون من باب التغليب غلبنا الناقة على الشاة والله أعلم * وفى المصرية لغة التصوية بدل الراء واو قال الهروى التصوية والتصرية واحد وهو أن تصرى الشاة أى تحفل قال يوسف بن اسماعيل بن عبد الجبار ابن أبى الحجاج المقدسى فيما علقه من كتاب التنبيه على تصحيف أبى عبيد الهروى فى كتاب الغريبين تخريج ابن ناصر قال الحافظ هكذا رأيته فى عدة نسخ يصر الشاة بغير ياء والصواب أن يصرى باثبات الياء بعد الراء من حديث الناقة (فأما) قوله أن يصر فمعناه أن يشد وذلك يجوز ولم ينه عنه النبى ﷺ (قلت) ولم أره فى الغريبين الا بالراء والياء كما نقلته فلعل النسخ التى وقعت لابن ناصر كانت مصحفة ولو كان الأمر على ما وقع له من النسخ لكان ذلك قريباً من المعنى المنسوب للشافعى وقد تقدم الكلام فيه وما اعترض به من أن النهى لم يرد عن الصر فجوابه أن المراد أن يكون ذلك لأجل البيع على وجه الغش والخديعة كما دلت عليه رواية المزنى المتقدمة وكلا الأمرين الصر والتصرية حرام اذا قصد به ذلك وجائز اذا لم يقصد به ولم يترتب عليه خديعة ولا ضرر بالحيوان لكن الحكم المذكور من الرد وثبوت الخيار انما يكون فى حالة يحصل فيها اجتماع اللبن لا فى الصر المجرد لفهم المعنى والله أعلم * واللقحة ــ بكسر اللام وفتحها ــ والكسر أفصح وجمعها لقح مثل قربة وقرب

﴿ فرع ﴾ فى اشتراط تعيين نوع يتصرف فيه مثل الخلاف المذكور فى الوكالة والظاهر وهو الذى أورده فى النهاية أنه لايشترط لان الوكالة نيابة محضة والحاجة تمس اليها فى الاشغال الخاصة والقراض معاملة يتعلق بها غرض كل واحد من المتعاقدين فمها كان العامل أبسط يداً كان أفضى الى مقصوده *

﴿ فرع ﴾ اذا جرى تعيين صحيح لم يكن للعامل مجاوزته كما فى سائر التصرفات المستفادة من الاذن فالاذن فى البز يتناول مايلبس من المنسوج من الابريسم والقطن والكتان والصوف دون الفرش والبسط وفى الاكسية وجهان لانها ملبوسة لكن بائعها لايسمى بزازاً *

قال ﴿ ولو ضيق بالتأقيت إلى سنة مثلا ومنع من البيع بعدها فهو فاسد فانه قد لايجد زبونا قبلها * وان قيد الشراء وقال لاتشتر بعد السنة ولك البيع فوجهان * اذ المنع عن الشراء مقدور له فى كل وقت فأمكن شرطه * فان قال قارضتك سنة مطلقاً فعلى أى القسمين ينزل فيه وجهان ﴾ *

(الامر الثالث) أن لايضيق بالتأقيت (واعلم) أولا أن القراض لايعتبر فيه بيان المدة بخلاف المساقاة لان المقصود من المساقاة ينضبط بالمدة فان للثمر وقتاً معلوما والمقصود من القراض ليس له مدة مضبوطة فلم يشترط فيه التأقيت ولو أقت وقال قارضتك سنة فينظر إن منعه من

وهى الناقة القريبة العهد بالولادة نحو شهرين أو ثلاثة والمحفلة هى التى جفل اللبن فى ضرعها وهي المصراة (وقوله) بخير النطرين هو امساك المبيع أو يرده أيهما كان خيراً له فعله (والحلاب) هو الاناء يملأه قدر حلبة ناقة ويقال له المحلب أيضاً وبعضهم يطلق فيقول الحلاب الاناء الذى يحلب فيه الألبان ويطلق علي المحلوب وهو اللبن كالخراف لما يخترف وقال أبو عبيدة انما يقال فى اللبن الأحلابة والمشهور عند العلماء أن المراد بالحلاب فى الحديث وكذلك الحلبة فى بعض روايات الحديث اللبن نفسه ومن الطاهرية من امتنع من ذلك ورأوا أن هذا من المجاز الذى لم يدل نص على ارادته وسيقع الكلام فى ذلك ان شاء الله تعالى في الفصل الثاني عند قول المصنف بدل اللبن والتمر الحنطة والطعام فى بعض روايات الحديث وان كان مطلقاً فالمراد به التمر واستدلوا على ذلك بأمرين (أحدهما) أنه كان الغالب علي أطعمتهم (والثاني) لأن معظم روايات الأحاديث إنما جاءت «وصاعاً من تمر» ويحتمل وجهاً ثالثا من الاستدلال وهو حمل المطلق على المقيد وليس من شرط ذلك أن يكون هو الغالب ولا أن يترجح روايته هذا مافى حديث الكتاب وطرقه من اللغة وتبويب المصنف المقصود به ذكر الأسباب المثبتة لخيار النقيصة وهو ما ثبتت بفوات أمر مظنون ينشأ الظن فيه من

التصرف بعدها مطلقاً أو من البيع فهو فاسد لانه يخل بمقصود العقد ويخالف مقتضاه (أما الاول) فلأنه قد لايجد راغباً فى المدة فلا تحصل التجارة والربح (وأما الثانى) فلأنه قد يكون عنده عروض عند انقضاء السنة وقضية القراض أن ينض العامل مافى يده لآخر الامر ليتميز رأس المال من الربح وان قال على أن لاأشترى بعد السنة ولك البيع فوجهان (أحدهما) المنع لأن ماوضعه على الاطلاق من العقود لايجوز فيه التأقيت وهذا الوجه ذكر الامام أن العراقيين نسبوه إلى أبي الطيب بن سلمة ولا يكاد يوجد ذلك فى كتبهم نعم يقولون ان أبا الطيب الساوى حكاه عن أبي اسحق فيما علقه من الزيادات على الشرح فكأنه اشتبه عليه أبو الطيب بابى الطيب (وأصحهما) الجواز لان المالك يتمكن من منعه من الشراء مهما شاء فجاز أن يتعرض له فى العقد بخلاف المنع من البيع ولو اقتصر على قوله قارضتك سنة فوجهان (أصحهما) المنع لان قضية انتهاء القراض امتناع التصرف بالكلية ولان مايجوز فيه الاطلاق من العقود لايجوز فيه التأقيت كالبيع والنكاح (والثانى) يجوز ويحمل على المنع من الشراء باستدامة العقد ولو قال قارضتك سنة على أن لا أملك الفسخ قبل انقضائها فهوفاسد ولا يجوز أن يعلق القراض فيقول اذا جاء رأس الشهر فقد قارضتك كما لايجوز تعليق البيع ونحوه ولو قال قارضتك الآن ولكن لاتتصرف حتى يجىء رأس الشهر ففى وجه يجوز كالوكالة والأصح يمنع كما لو قال بعتك بشرط أن لاتملك الا بعد شهر *

تغرير فعلى كالتصرية أو نص عرفى كالعيب فان العرف يقتضى السلامة أو التزام شرطى كشرط الكتابة ونحوه إذا خرج بخلافه وقد ضمن المصنف هذا الباب هذه الأقسام الثلاثة على هذا الترتيب وقدم التصرية لأنها هى المنصوص عليها وذكر الرد بالعيب بعد ذلك وقاسه عليها كما سيأتى فى كلامه وقد ورد فيه حديثاً نصاً سنذكره فى موضعه إن شاء الله تعالى ثم ذكر بعده خيار الخلف الذى يثبت بفوات الالتزام الشرطى وجعل مؤخراً عن الرد بالعيب (إما) لأنه ورد فيه حديث أيضاً أعنى الرد بالعيب (وإما) لأن الرد بالعيب أكثر وقوعاً وإن كانا جميعاً ثبتا بالقياس على التصرية كما اقتضاه كلام المصنف ولولا التصرية ورد فيها النص لكان يقتضى أن يقدم الالتزام الشرطى عليهما لأن الملتزم بالشرط أوكد من حيث المعنى من الملتزم بالعرف أو بقرينة الحال ولذلك قال الغزالى أن الالتزام الشرطى هو الأصل وما عداه ملحق به يشير إلى هذا المعنى فكان ذلك كنص فى فرع ليس فيه إلا أصل واحد فانه يتبين بذلك حكم ذلك الأصل ويصح أن يقال أن حكم الفرع مأخوذ من ذلك الاصل وإن كان منصوصا وهذا المعنى ذكره القاضى حسين فى نص الشافعى على فرع يكون بهذه الصفة (وأما) اقتصار المصنف فى الترجمة على المصراة والرد بالعيب وسكوته على خيار الخلف وان كان الخلف ليس بعيب ولكنه فوات فضيلة فلأجل استوائهما فى النقص فيه بأحدهما على الآخر ولأن التصرية والرد بالعيب فرعان لأصل بالمعنى الذى لحظه الغزالى كما تقدم فذكرهما فى الترجمة منبه على اصلهما بطريق أولى ووضع المصنف هذا الباب لأنه فرع من الأبواب المتضمنة شروط العقد مطلقا فى باب مايجوز بيعه وشروطه فى الربويات وبيع الثمار أخذ فى أسباب الفسخ واستدراك مايقع فى المبيع من العيب بالفسخ أو بالأرش « وقول المصنف أو بقرة » ليتبين أن الحكم غير مقصور علي الابل والغنم اللذين تضمنهما الحديث الذى ذكره بل هو شامل إما بالقياس إذا اقتصر على الحديث الذى أوره المصنف وذلك من باب الأولى لأن لبن البقر أغزر وأكثر بيعاً من لبن الابل

قال ﴿ الثالث الربح * وشرائطه أربع وهى أن يكون مخصوصاً بالعاقدين مشتركاً معلوما بالجزئية لا بالتقدير * وعنينا بالخصوص أنه لو أضيف جزء من الربح إلى ثالث لم يجز * وبالاشتراك أنه لو شرط الكل للعامل أو للمالك فهو فاسد (م) * وبكونه معلوما احترزنا عما إذا قال لك من الربح ماشرطه فلان لفلان فانه مجهول * ولو قال علي أن الربح بيننا ولم يقل نصفين فالأظهر (و) التنزيل على التنصيف ليصح * واحترزنا بالجزئية عما إذا قال لك من الربح مائة أو درهم أو لى درهم والباقي بيننا فكل ذلك فاسد إذ ربما لايكون الربح إلا ذلك المقدار ﴾ *

فى الربح شروط (أحدها) أن يكون مخصوصاً بالمتعاقدين فلو شرط بعضه لثالث فقال على أن

وإما بالنص فان فى الروايات الصحيحة التى تقدمت « من اشترى مصراة » (وقال) بعض شارحى التنبيه إن ذلك للرد على الظاهريين الذين خصوا الحكم بالمنصوص عليه من الابل والغنم وهذا الذى نقله عن الظاهريين نقله القاضى أبو الطيب وغيره من أصحابنا عن داود فصرح ابن المغلس وابن حزم الظاهريان بأن شمول الحكم تمسكا بالنص العام وهو قوله « من اشترى مصراة » ولم يحكيا فى ذلك خلافاً وهو اللائق بمذهبهم أخذاً بعموم الخبر ولا يجب تقييد أحد الخبرين بالآخر لأن ذلك إنما يكون فى المطلق والخبر ههنا عام لصيغة من لكن يعرض ههنا بحثان (أحدهما) أن هذا الخبر الذى فيه « من اشترى مصراة » من رواية ابن سيرين عن أبى هريرة كما تقدم وقد تقدم من روايته أيضا « من اشترى شاة مصراة » وهذه الرواية فيها زيادة ليست فى الأولى وزيادة العدل مقبولة فيجب العمل بها وعدم القول بالعموم فان الحديث واحد ومخرجه واحد ووجه إدراك الصواب فى هذا البحث أنا نظرنا الرواية العامة المذكورة التى ليست فيها الزيادة وهى قوله « من اشترى مصراة » فوجدناها من رواية سفيان بن عيينة عن أيوب عن ابن سيرين وذلك فى مسلم ومن رواية هشام بن حسان عن ابن سيرين وذلك فى ابن ماجه بسند صحيح ومن رواية قرة بن خالد عن ابن سيرين وذلك فى الترمذى بسند صحيح ومن رواية محمد بن زياد عن أبى هريرة وذلك فى الترمذى بسند صحيح ومن رواية موسى بن يسار عن أبى هريرة وذلك فى النسائي ونظرنا الزيادة فوجدناها من طرق (منها) عبد الوهاب عن أيوب وفيها « من اشترى من الغنم » وهذا اختلاف عن أيوب عن سفيان وعبد الوهاب والراوى عنهما شخص واحد وهو العدلى (ومنها) قرة عن ابن سيرين وفيها « من اشترى شاة مصراة » وهذا اختلاف عن قرة أيضاً وكذلك موسى بن يسار واختلف عنه أيضاً واختلف أيضاً عن هشام بن حسان وكلا السندين اليه على شرط الصحيح فلما رأينا هذه الروايات والاختلاف نظرنا مايقتضيه النظر فى ذلك فقلنا جميع أصحاب أبي هريرة الذين ذكرناهم ههنا اختلف

يكون ثلثه لك وثلثه لى وثلثه لزوجتى او لأمي أو لاختي لم يصح القراض لأنه ليس بعامل ولا مالك للمال إلا أن يشترط عليه العمل معه فيكون قراضاً مع رجلين ولو كان المشروط له عبد المالك أو العامل كان ذلك مضموما للمالك أو العامل على ما تقدم (ولو) قال نصف الربح لك ونصفه لى ومن نصيبي نصفه لزوجتى صح القراض وهذا وعد منه لزوجته (ولو) قال للعامل لك كذا على أن تعطى ابنك أو امرأتك نصفه فعن القاضى أبي حامد أن ذكره شرطاً فسد القراض وإلا لم يفسد (الثانى) أن يكون مشتركا بينهما فلو قال قارضتك على أن يكون جميع الربح لك ففى حكمه وجهان (أصحهما) أنه قراض فاسد رعاية للفظ (والثانى) أنه قراض صحيح رعاية للمعنى ويروى هذا عن أبي حنيفة ولا

عنهم فى ذلك إلا محمد بن زياد والشعبى فانه لم يختلف عنهما فيما علمنا ولم يرد عنهما إلا الصيغة العامة والا ثابت مولى عبد الرحمن فلم يرد عنه إلا الطريق المثبتة للزيادة وهى قوله « من اشترى غنما مصراة» (فقد) يقال ان كل واحد من الشعبي ومحمد بن زياد أجل من ثابت مولى عبد الرحمن وسفيان بن عيينة عن أيوب عن ابن سيرين أجل واحفظ وأتقن ممن خالفه فتتقدم رواية العموم لذلك (وقد) يقال إن جانب الزيادة هنا ورد من طرق صحيحة واحتمال النقص فى رواية المثبت المتقن أولى من احتمال الخطأ والوهم بالزيادة فى حق الثقة والذى أقوله أن الحكم بالخطأ على راوى الزيادة ههنا بعيد (فالأقرب) أن تجعل الروايتان ثابتتين ولعل النبي ﷺ تكلم بهما مرتين فرواهما أبو هريرة كذلك ويكون ذكر الغنم فى إحدى الروايتين على سبيل المثال ولو كان الحكم مقصوراً عليه لما ذكر فى الابل وقد صح فى الابل من حديث الأعرج عن أبي هريرة (والبحث الثانى) إذا ثبتت الروايتان من كلام النبي ﷺ فمفهوم الرواية التي فيها التقييد لم لا يخص به عموم الرواية الأخرى كما مثله فى قوله «إذا أفضى أحدكم بيده إلى فرجه» مع قوله «من مس فرجه» حيث خصوا عموم الثانى بمفهوم الأول فلا ينتقض بغير الافضاء الذى هو المس بباطن الكف وذلك ههنا (إما) من مفهوم الشرط لقوله «من اشترى» (واما) من مفهوم الصفة لقوله «من اشترى من الغنم» وكلا المفهومين حجة عند كثير من العلماء (منهم) الشافعى والمفهوم يخص به العموم كما قلنا فى المس (والجواب) عن هذا أن جانب المفهوم ههنا ضعف بثبوت الحكم المذكور فى الابل صريحا بحديث الأعرج عن أبي هريرة ويفهم للمعنى من ذلك بخلاف الاحداث فان مبناها على التعبد فهذان الأمران أضعفا اعتبار المفهوم من قوله « من اشترى شاة» وقوله «من اشترى من الغنم» والثاني وحده يضعف اعتبار المفهوم من قوله « إذا اشترى أحدكم نعجة أو شاة » (وأما) الظاهرية فانهم غير قائلين بالمفهوم فلا يرد عليهم ويحتجون بالعموم لثبوته على ما تقدم والله أعلم * (وقول المصنف ولم يعلم أنها مصراة) شرط لابد منه على أصح

يجيء الوجه الثانى فى مثله من المساقاة لتعذر القراض (ولو) قال قارضتك على أن الربح كله لى فهو قراض فاسد أو ابضاع فيه وجهان وعن مالك أنه يصح القراض فى الصورتين ويجعل كأن الآخر وهب نصيبه من المشروط له (ولو) قال أبضعتك على أن نصف الربح لك فهو إبضاع أو قراض فيه الوجهان (ولو) قال خذ هذه الدراهم فتصرف فيها والربح كله لك فهو قرض صحيح عند ابن سريج والأكثرين بخلاف مالو قال قارضتك على أن الربح كله لك لأن اللفظ يصرح بعقد آخر (قال) الشيخ أبو محمد لافرق بين الصورتين (وعن) القاضى الحسين أن الربح والخسران للمالك وللعامل أجرة المثل ولا يكون قرضاً لأنه لايملكه ولو قال تصرف فيها والربح كله لى فهو إبضاع (الثالث) أن يكون

الوجهين عند الجمهور منهم القاضي أبو الطيب وفيه قول آخر مشهور في المذهب أن الخيار يثبت وإن كان المشتري عالماً بالتصرية حين العقد ويعبر عن الوجهين بأن هذا الخيار هل هو خيار عيب أو خيار ثابت بالشرع وبناهما الرافعي وغيره على أن الخيار هل يمتد ثلاثة أيام أو يكون على الفور (فان قلنا) بالأول ثبت مع العلم وإلا فلا وسيأتي الوجهان في كونه على الفور أو إلى ثلاثة أيام في كلام المصنف إن شاء الله تعالى (والصحيح) عند الرافعي ومن وافقه أن ذلك على الفور فالبناء حينئذ متجه (والمختار) أنه يمتد ثلاثة أيام كما سيأتي إن شاء الله تعالى تقريره والجمهور ههنا أن متى علم المشتري بالتصرية حالة العقد لا يثبت الخيار وان ذلك خيار ثبت لأجل النقص ومن العجب أن الظاهرية لم يثبتوا الخيار ههنا في حالة العلم ويحتاجون إلى دليل في ذلك بأن اللفظ متأول وما ادعينا نحن من ظهور المعني وفهمه هم لا يعتبرونه (وقوله) فهو بالخيار إلى آخره هذا هو الحكم المقصود من هذا الفصل (وممن) قال به من الصحابة عبد الله بن مسعود وأبو هريرة من فتياه صح ذلك عنهما ولا مخالف لهما من الصحابة ونقل العبدري القول به أيضاً عن ابن عباس وابن عمر وأنس (وممن) قال به من الفقهاء بعدهم الشافعي ومالك والليث وابن أبي ليلى وأحمد وإسحق وأبو ثور وداود وأبو يوسف وزفر ومسلم بن خالد الزنجي وأبو عبيد وجمهور أهل الحديث (واتفق) جميع أصحابنا على ذلك تبعاً لامامهم وخالف في ذلك أبو حنيفة ومحمد ورويت رواية غريبة بذلك عن مالك ذكر العتبي من سماع أشهب بن مالك أنه سئل عن قول رسول الله ﷺ « من ابتاع مصراة فهو بخير النظرين بعد أن يحلبها إن شاء أمسكها وإن شاء ردها وصاعاً من تمر » فقال سمعت ذلك وليس بالثابت ولا الموطأ عليه ولئن لم يكن ذلك أن له اللبن بما علف وضمن (قيل) له نراك تضعف الحديث (فقال) كل شيء يوضع موضعه وليس بالموطأ ولا الثابت وقد سمعته (قال) ابن عبد البر هذه رواية الله أعلم بصحتها عن مالك وما رواها عنه إلا ثقة ولكنه عندي اختلاف من رأيه (قلت) وإن صحت هذه

معلوماً فلو قال قارضتك على أن لك في الربح شركة أو شركاً أو نصيباً فسد (ولو) قال لك مثل ما شرطه فلان لفلان فان كانا عالمين بالمشروط لفلان صح وإن جهلاه أو أحدهما فسد (ولو) قال على أن الربح بيننا ولم يقل نصفين فوجهان (أحدهما) الفساد لأنه لم يبين ما لكل واحد منهما فأشبه مالو اشترط أن يكون الربح بينهما أثلاثا ولم يبين من له الثلثان ومن له الثلث (وأظهرهما) على ماذكره في الكتاب وبه اجاب الشيخ أبو حامد وحكاه عن ابن سريج أنه يصح وينزل علي النصف كما لوقال هذه الدراهم بيني وبين فلان يكون اقرارا بالنصف (ولو) قال علي أن ثلث الربح لك وما بقي فثلثه لى وثلثاه لك صح وحاصله اشتراط سبعة أتساع الربح للعامل والحساب من عدد لثلثه ثلث وأقله تسعة

الرواية عن مالك فينبغى أن يؤول قوله «ليس بالثابت» على الحكم لا على الحديث فانه صحيح عنده بلا إشكال وقد أودعه الموطأ المشهور عنه خلاف هذه الرواية فالقول بمقتضى الحديث (قال) ابن القاسم (قلت) لمالك أتأخذ بهذا الحديث (قال) نعم قال مالك أو لأحد فى هذا الحديث رأى قال ابن القاسم وأنا آخذ به إلا أن مالكا قال لى أرى لأهل البلدان إذا نزل بهم هذا أن يعطوا الصاع من عيشهم (قال) وأهل مصر عيشهم الحنطة (وقال) ابن عبد البر فى التمهيد أن الصحيح عن مالك ما رواه ابن القاسم وأن رواية أشهب منكرة والله أعلم * (أما) الاستدلال فدليلنا فى المسألة الأخبار المتقدمة وهى صريحة فى المقصود والمعنى فى ذلك صحيح مستقيم غير خارج عن الأصول على ماسنبين فى أجوبة المخالفين إن شاء الله تعالى * ومن القياس على مالو باع طاحونة حبس ماءها زمانا ثم أرسله حالة البيع فظن المشترى أنه أبدا كذلك ثم علم فانا أجمعنا على ثبوت الخيار (واعتمد) المخالفون فى الاعتذار عن الحديث أمورا ضعيفة ترجع إلى طريقين طريقة الرد وطريقة التأويل (الأول) أن هذا خبر واحد مخالف لقياس من الأصول المعلومة وما كان كذلك لم يلزم العمل به إما كونه مخالف لقياس الاصول المعلومة فمن وجوه (أحدها) أنه أوجب غرم اللبن مع إمكان رده (وثانيها) أنه أوجب غرم قيمته مع وجود مثله (وثالثها) أنه جعل القيمة تمرا وهى إنما تكون ذهبا أو ورقا (ورابعها) أنه جعلها مقدرة لا تزيد بزيادة اللبن ولا تنقص بنقصانه ومن حكم الضمان أن يختلف باختلاف المضمون فى الزيادة والنقصان (وخامسها) أن اللبن إن كان موجودا عند العقد فقد ذهب جزء من المعقود عليه وذلك يمنع الرد وإن كان اللبن حادثا بعد الشراء فقد حدث على ملك المشترى فلا يضمنه وإن كان مختلطا فما كان موجودا منع الرد وما حدث لم يجب ضمانه (وسادسها) إثبات الخيار ثلاثا من غير شرط مخالف للأصول فان الخيارات الثابتة بأصل الشرع من غير شرط لا تتقدر بالثلاث (وسابعها) يلزم من العمل بظاهره الجمع بين الثمن والمثمن للبائع فى بعض الصور وهو ما إذا كانت قيمة الشاة صاعا من تمر فانها ترجع اليه

وهذا إذا علما عند العقد أن المشروط للعامل بهذه اللفظة كم هو فان جهلاه أو أحدهما فوجهان (أحدهما) عن صاحب التقريب الذى أورده صاحب الشامل منهما الصحة لسهولة معرفة ما تضمنه اللفظ ويجرى الخلاف فيما إذا قال على أن لك من الربح سدس ربع العشر وهما لا يعرفان قدره عند العقد أو أحدهما (والرابع) أن يكون العلم به من حيث الجزئية لا من حيث القدر فلو قال لك من الربح أولى منه درهم أو مائة والباقى بيننا بالسوية فسد القراض لأنه ربما لا يربح إلا ذلك القدر فيلزم اختصاص أحدهما بكل الربح وكذا لو قال لك نصف الربح سوى درهم وكذا لو شرط أن يوليه سلعة كذا إذا اشتراها برأس المال لأنه ربما لا يربح إلا عليها وكذا لو شرط أنه يلبس الثوب الذى

مع الصاع الذى هو مقدار ثمنها (وثامنها) أنه مخالف لقاعدة الربا فى بعض الصور وهو ما اذا اشترى شاة بصاع فاذا استرد معها صاعاً من تمر فقد استرجع الصاع الذى هو الثمن فيكون قد باع شاة وصاعاً بصاع وذلك خلاف قاعدة الربا عندكم فانكم تمنعون مثل ذلك (وتاسعها) أنه أثبت الرد من غير عيب ولا شرط لأن نقصان اللبن ليس بعيب ولا الرد به بدون التصرية (وعاشرها) أن اللبن كالحمل لا يأخذ قسطاً من الثمن والا لجاز افراده بالعقد كالثمن واذا لم يأخذ قسطاً من الثمن لا يضمن (وأما) المقام الثانى وهو أن ما كان من أخبار الآحاد مخالفاً لقياس الأصول المعلومة لم يجب العمل به فلأن الأصول المعلومة مقطوع بها وخبر الواحد مظنون والمظنون لا يعارض المعلوم (العذر الثانى لهم) ان هذا الحديث من أخبار أبى هريرة وانما يقبل من أخباره ما فيه ذكر الجنة والنار (وأما) فى الأحكام فلا يقبل وتارة يقولون أنه غير فقيه والحديث مخالف للقياس والصحابة ينقلون بالمعني ولا ثقة برواية غير الفقيه (العذر الثالث) دعوى النسخ فى هذا الحديث وأنه يجوز أن يكون ذلك حيث كانت العقوبة بالمال جائزة (العذر الرابع) أن هذا حديث مضطرب لما وقع الاختلاف فى ألفاظه وهذه الأمور الأربعة لترك العمل به بالكلية (العذر الخامس) فى مخالفتهم لظاهر الحديث بتأويله واستعماله وحمله على ما اذا اشتراها فشرط أنها تحلب خمسة أرطال مثلا وشرط الخيار فالشرط فاسد فان اتفقا على اسقاطه فى مدة الخيار صح العقد وان لم يتفقا بطل (وأما) رد الصاع فلأنه كان قيمة اللبن فى ذلك الوقت (والجواب) عن ذلك (أما) الأول فبالطعن فى المقامين جميعاً (أما) قولهم أنه مخالف لقياس الأصول فمن الناس من فرق بين مخالفة الأصول ومخالفة قياس الأصول وخص الرد بخبر الواحد المخالف للأصول لا المخالف لقياس الأصول وهذا الخبر إنما يخالف قياس الأصول وقياس الأصول يترك بخبر الواحد لأنه أقوى منه ولهذا قال أبو حنيفة رضى الله عنه أن القياس أن

يشتريه ويركب الدابة الذى يشتريها لأن القراض جوز على العمل المجهول بالعوض المجهول للحاجة ولا حاجة إلى ضم ماليس من الربح اليه ولانه ربما ينقص بالاستعمال ويتعذر عليه التصرف فيه ولو شرطا اختصاص أحدهما بربح صنف من المال فسد أيضاً لانه ربما لا يحصل الربح إلا فيه وكذا لو شرط ربح أحد الالفين لهذا وربح الالف الثانى لهذا وشرط أن يكون الالفان متميزين ولو دفعهما اليه ولا تمييز وقال ربح أحد الالفين لى وربح الآخر لك فعن بعض الاصحاب أنه يصح ولا فرق بينه وبين أن يقول نصف ربح الالفين لك (والاظهر) ويحكي عن ابن سريج أنه فاسد لانه خصه بربح بعض المال فأشبه ما إذا كان الالفان متميزين وما إذا دفع اليه الفاً على أن يكون له ربحها ليتصرف له فى الف آخر *

الأكل ناسياً يفطر ولكن ترك القياس بخبر أبي هريرة «أطعمه الله وسقاه» وقبل أبوحنيفة خبر أبي فزارة في جواز التوضي بالنبيذ وخبر زادان في إبطال طهارة المصلي بالقهقهة لأنهما إنما خالفا قياس الأصول ورد خبر التصرية وبيع العرية لأنهما خالفا أصول القياس عنده وصاحب هذه الطريقة ينازعه في ذلك ويقول إن ذلك إنما هو مخالف لقياس الأصول كالأول ومن سلك هذه الطريقة يسلم أن الحديث المذكور مخالف لقياس الأصول (ومنهم) من لا يسلم أن مخالفة الأصول أيضاً قادحة ويقول أن كل ما ورد النص به فهو أصل بذاته لا يعتبر فيه موافقة الأصول كالدية على العاقلة والغرة في الجنين وغير ذلك وليس إبطال أصل لمخالفته أصولا أخرى بأولى من إبطال تلك الأصول لمخالفتها ذلك الأصل (والصواب) العمل بها جميعاً ويعتبر كل أصل بنفسه وصاحب هذه الطريقة يقول انه لا فرق بين مخالفة قياس الأصول ومخالفة الأصول وكلاهما لا يوجب الرد والأحاديث التي ذكروها في التصرية والقهقهة وغيرها سواء في ذلك مع أن خبر التصرية أصح (واعلم) أن الأصول المختلف في رد الخبر بها هي المستنبطة التي تكون في نفسها محتملة (أما) الأصول المقطوع بها فنص الكتاب والتواتر والاجماع أو الأصول التي في معناها كتحريم الضرب المستفاد من تحريم التأفيف فاذا ورد الخبر بخلافه رد ويعتقد أنه لم يصح لأن النبي ﷺ لا يقول ما يخالف ذلك هكذا قاله الأستاذ أبو إسحق الاسفرايني فهذان جوابان إجماليان عن دعوى مخالفة الاصول (ومنهم) من سلك في الجواب عن ذلك طريق التفصيل ويتبين أن ذلك ليس مخالفاً لقياس الاصول من الوجوه التي ذكروها بل في الاصول ما يشهد له ويعاضده (أما) غرم القيمة مع أمكان الرد فان رد اللبن في التصرية غير ممكن لوجهين (أحدهما) نقص قيمته وذهاب كثير من منافعه بطول المكث (والثاني) أن لبن التصرية قد خالطه ما حدث في الضرع بعده على ملك المشتري فلم يمكن رده مع الجهل بما خالطه (وعن الثاني والثالث والرابع) وهو غرامة القيمة مع وجود المثل وكونه تمراً وكونه مقدراً مع اختلاف

قال ﴿ الرابع الصيغة * وهي أن يقول قارضتك أو ضاربتك أو عاملتك على أن الربح بيننا نصفين فيقول قبلت * ولو قال على أن النصف لي وسكت عن العامل فسد (و) * ولو قال على أن النصف لك وسكت عن جانب نفسه جاز ﴾ *

القراض والمضاربة والمعاملة مستعملة في هذا العقد وإذا قال قارضتك أو ضاربتك أو عاملتك على أن الربح بيننا كذا كان إيجاباً صحيحاً ويشترط فيه القبول على التواصل المعتبر في سائر العقود (ولو) قال خذ هذه الدراهم واتجر عليها على أن الربح بيننا كذا ففي التهذيب أنه يكون قراضاً ولا يفتقر إلى القبول وهذا حكاه الامام عن القاضي الحسين ثم قال وقطع شيخي والطبقة العظمى من نقلة

قدره ان كان مجهول القدر مجهول الوصف جاز الرجوع فيه إلى بدل مقدر فى الشرع من غير مثل ولا تقويم وقد وجد ذلك في مواضع (منها) الحر يضمن بمائة من الابل (ومنها) الجنين يضمن بالغرة ويستوى فيه الذكر والأنثى (ومنها) المقدرات من جهة الشرع فى الشجاع كالموضحة مع اختلافها بالصغر والكبر (ومنها) جزاء الصيد فليس من شرط الضمان أن يكون بالمثل أو القيمة من النقدين ولا من شرط المثلى أن يضمن بالمثل والعدول فى الأمور التى لاتنضبط إلى شيء معدود ولا يختلف من محاسن الشرع قطعاً للخصومة والتشاجر وهذه المصلحة تقدر على تلك القاعدة الكلية والتمر غالب أقواتهم كما قدرت الدية بالابل لأنها غالب أموالهم (وعن الخامس) وهو إيجاب الرد مع ما حدث فى يد المشترى من النقص من وجهين (أحدهما) أن النقص حادث في اللبن دون الشاة وهو إنما يرد الشاة دون اللبن (والثانى) أن النقص الحادث الذى لايتوصل إلى معرفة العيب إلا به لايمنع من الرد كالذى يكون مأكوله فى جوفه إذا كسر (وعن السادس) وهو أن خيار الثلاث من غير شرطه مخالف للأصول بأن الشيء انما يكون مخالفاً لغيره إذا كان مماثلا له وخولف فى حكمه وههنا هذه الصورة انفردت عن غيرها بأن الغالب أن هذه المدة هى التى يتبين بها لبن الجبلة المجتمع بأصل الخلقة واللبن المجتمع بالتدليس فهى مدة يتوقف على العلم عليها غالبا بخلاف خيار الرؤية والعيب فانه يحصل من غير هذه المدة فيهما وخيار المجلس ليس لاستعلام عيب وعلى أن لنا فى تقييد خيار المصراة خلافا سيأتى ان شاء الله تعالى * وانما جاء السؤال والجواب على ظاهر الحديث والوجه الموافق له (وعن السابع) وهو لزوم الجمع بين البدل والمبدل من ثلاثة أوجه (أحدها) أن صاع التمر بدل عن اللبن لا عن الشاة فلا يلزم الجمع بين العوض والمعوض (الثاني) أن الحديث وارد على العادة والعادة أن لاتباع شاة بصاع (الثالث) أن ذلك غير ممتنع كما اذا باع سلعة بعبدقيمة

المذهب أنه لابد من القبول بخلاف الجعالة والوكالة فان القراض عقد معاوضة يختص بمعين فلا يشبه الوكالة التى هى إذن مجرد والجعالة التى يبهم فيها العامل فان قال قارضتك على أن نصف الربح لى وسكت عن جانب العامل فوجهان (أحدهما) أنه يصح ويكون النصف الآخر للعامل لأنه الذى يسبق إلى الفهم منه ولهذا قال ابن سريج (وأصحهما) وهو المذكور فى الكتاب وبه قال المزنى لايصح لأن الربح فائدة رأس المال فيكون للمالك إلا إذا نسب منه شيء إلى العامل ولم ينسب اليه شيء (ولو) قال على أن نصف الربح لك وسكت عن جانب نفسه فالصحيح الجواز ومالا ينسب الى العامل يكون للمالك بحكم الاصل بخلاف الصورة السابقة (وفي) النهاية ذكر وجه ضعيف أنه لايصح حتي تجرى الاضافة فى الجزأين الى الجانبين (واذا قلنا) بالصحيح فلو قال على أن لك

كل منهما

كل منهما ألف ثم زاد العبد و بلغت قيمته ألفين ووجد المشترى بالسلعة عيباً فيردها و يسترجع العبد وقيمته ألفان وذلك قيمة الثمن والمثمن (وعن الثامن) وهو مخالفته لقاعدة الربا أن الربا إنما يعتبر في العقود لا فى الفسوخ ولا فى ضمان المتلفات (وعن التاسع) وهو إثبات الرد من غير عيب ولا شرط أن الخيار ثبت بالتدليس كما لو باع رحى دائرة بماء قد جمعه لها وكما لو سود الشعر فان العيب إنما أثبت الخيار لأنه ينقص الثمن به والتدليس كذلك ونحن نقول أن هذا التدليس نفسه عيب (وعن العاشر) وهو كون اللبن غير مقابل بقسط من الثمن بالمبيع وأن اللبن يقابله قسط من الثمن كاللبن فى الاناء (وقولهم) لو قابله قسط من الثمن لجاز افراده بالعقد منقوض بأساس الدار وأطراف الخشب التى فى البناء لايجوز افرادها و يدخل فيه على سبيل البيع ويقابلها قسط من الثمن (وأما) الحمل قلنا فيه قولان (فعلى) قولنا بأنه لا يأخذ قسطاً يفرق بينهما بأن الحمل غير مقدور على استخراجه من الأم فهو بمنزلة اللحم المخلوق فى الجوف بخلاف اللبن فانه مقدور عليه فهذه الأجوبة دافعة لقولهم أنه مخالف لقياس الأصول (ولئن) سلمنا مخالفته لذلك (فالجواب) ما تقدم من أن المخالفة لا تضر لما تقدم (وقولهم) أن تقديم خبر الواحد على الأصول المعلومة فيه تقديم المظنون على المقطوع ممنوع فان تناول تلك الأصول لمحل خبر الواحد غير مقطوع به لجواز استثناء محل الخبر عن ذلك الأصل فان تلك الأصول عامة والخبر خاص والمظنون يخصص المعلوم (وأما العذر الثانى) وهو كونه من رواية أبي هريرة فلولا ذكره فى الكتب والاحتياج إلى الجواب لكنا نستحى من ذكره ونجل أبا هريرة أن يتكلم بذلك على سبيل الحكاية أو نسمعه فى أحد من الصحابة وأبو هريرة من ثقته وأمانته وحفظه لسنة رسول الله ﷺ بالمحل المعلوم ودعا له النبي ﷺ أن يحببه الله وأمه إلى كل مؤمن

النصف ولى السدس وسكت عن الباقي صح وكان الربح بينهما نصفين كما لو سكت عن ذكر جميع النصف *

قال ﴿ الخامس والسادس العاقدان * ولا يشترط فيهما إلا مايشترط فى الوكيل والموكل * نعم لو قارض العامل غيره بمقدار ماشرط له باذن المالك ففيه وجهان لأن وضع القراض أن يدور بين عامل ومالك ﴾*

صاحب الكتاب رحمه الله قد يعد العاقدين ركنين كما فعل ههنا وفى الوكالة وقد يعد العاقد مطلقاً ركناً واحداً كما فعل فى البيع والرهن والفرض الأصلى لايختلف لكنه لو استمر على طريقة واحدة كان أحسن * وفقه الفصل أن القراض توكيل وتوكل فى شيء خاص وهو التجارة فيعتبر فى العامل والمالك مايعتبر فى الوكيل والموكل فكما يجوز لولى الطفل التوكيل فى أجور الطفل كذلك

ومؤمنة و روى عن عثمان أنه قال حين روى لهم «امكثي في بيتك حتى يبلغ الكتاب أجله» حفظ الله عليك دينك كما حفظت علينا سنة نبينا ﷺ وفضائل أبي هريرة ومناقبه مشهورة والمخالفون في حكم هذه المسألة إنما يتعللون بظنهم أنه ليس بفقيه وهذا ليس بصحيح فان عمر بن الخطاب رضي الله عنه استعمله على البحرين ولم يكن عمر رضي الله عنه ليولي غير فقيه وكان أبو هريرة على المدينة في خلافة معاوية أترى كان يحكم بغير فقه ؟ وقد نقلت عنه فتاوى وقد روى عبدالرزاق في مصنفه عن عمر بن راشد عن يحيى بن أبي كثير عن محمد بن عبد الرحمن بن ثوبان أن رجلا من مزينة طلق امرأته ثلاثاً قبل أن يدخل بها فأتى ابن عباس يسأله وعنده أبو هريرة فقال ابن عباس احدى المعطلات يا أبا هريرة فقال أبو هريرة واحدة تذبتها وثلاث تحرمها فقال ابن عباس زينتها يا أبا هريرة أو قال نورتها أو كلمة تشبهها يعني أصاب ففتياه بحضور ابن عباس وقول ابن عباس في ذلك دليل أيضاً على فقهه ولو فرضنا وحاش لله أنه غير فقيه فاشتراط الفقه تحكم لا دليل عليه مع عدالة الراوي وضبطه وفهمه الذي يمنع من إحالة المعنى ثم ان المخالف قبل خبر أبي هريرة في مواضع من جملتها في النهي عن الجمع بين المرأة وعمتها و بين المرأة وخالتها ولم يرو هذا الحديث من طريق صحيحة غير طريق أبي هريرة وقد روى من جهة غيره بطريق ضعيفة فقبلوا خبره في ذلك وهو مخالف لعموم الكتاب قوله تعالى (وأحل لكم ما وراء ذلكم) فأيها أعظم مخالفته لعموم الكتاب أو مخالفته لقواعد متنازع في عمومها ومخالفته للقياس المتأخر عن الكتاب بمراتب ثم ان حديث المصراة قد روى من غير طريق أبي هريرة كما تقدم ومن جملتها طريق عن ابن مسعود الامام المجمع على فقهه وعلمه وان كنا قد رجحنا فيما تقدم أنه موقوف على ابن مسعود كما هو في صحيح البخاري لكن طريق الرفع أيضاً جيدة وعلى طريقه

يجوز لولي الطفل والمجنون أن يقارض على مالهما يستوى فيه الأب والجد و وصيهما والحاكم وأمينه وهل يجوز لعامل القراض أن يقارض غيره (اما) باذن المالك فقد ذكره ههنا وأعاده مرة أخرى في الباب الثاني مع القسم الآخر وهو أن يقارض بغير إذن المالك ونحن نشرح المسألة بقسميها هنالك إن شاء الله تعالى *

قال ﴿ ولو كان المالك مريضاً وشرط مايزيد على أجرة المثل للعامل لم يحسب من الثلث لان التفويت هو المقيد بالثلث والربح غير حاصل * وفي نظيره من المساقاة خلاف (و) لان النخيل قد تثمر بنفسها فهو كالحاصل * ولو تعدد العامل واتحد المالك أو بالعكس فلا حرج ﴾*

فيه مسألتان (احداهما) لو قارض في مرض موته صح واذا ربح العامل سلم له الجزء المشروط وان زاد على أجرة مثل عمله ولا يحسب من الثلث لان المحسوب من الثلث مايفوته من ماله والربح

كثير من الفقهاء غير المحدثين لايبعد تصحيحها وقد روي رفعه من غير طريق الاسماعيلي المتقدمة ذكر الماوردى عن أبي عثمان النهدى عن عبدالله بن مسعود عن النبي ﷺ رهذه إذا صح فيها الرفع طريق قوية جداً هذا مع متابعة الروايات المتقدمة مع ملاحظة الوجوه المتقدمة المبينة ان ذلك غير خارج عن القياس وان لم يصح طريق الرفع فى رواية فكونه من كلامه صحيح بلا اشكال وقول الصحابى عندهم حجة لاسيما ابن مسعود وطريق فقههم ترجع اليه فان لم يكن ههنا حجة فلا أقل من أن يكون عاضداً لحديث أبى هريرة على زعمهم (وأما) نحن فلا نقول أن الحديث يحتاج إلى شيء يعضده والله أعلم (وأما الاعتذار الثالث) وهو دعوي النسخ فذلك من أضعف الاعتذارات لأنه دعوى نسخ بالاحتمال من غير دليل (وأما الاعتذار الرابع) بالاضطراب فان الألفاظ المختلفة التى وردت منها ما سنده ضعيف فلا اعتبار به ومنها ما هو صحيح لا منافاة فيه والألفاظ التي صحت كلها لا تناقض فيها بل الجمع بينهما ممكن ظاهراً (وأما الاعتذار الخامس) واستعمالهم للحديث على وجه الاشتراط فذلك لايصح لأربعة أوجه (أحدها) أن النهي عن التصرية وما ذكره معه يقتضى تعليق الحكم بالتصرية وما استعملوه عليه يقتضى تعليق الحكم بفساد الشرط فصار ذكر التصرية لغواً (الثانى) أنه جعل الرد للمشترى وحده ولو كان لأجل الشرط لكان لهما لأن البيع حينئذ يكون فاسداً قاله الماوردى وغيره وفيه نظر فانه إذا شرط فى الشاة المبيعة أنها تحلب مقداراً فنقصت عنه فانما يثبت الرد للمشترى لا للبائع وذلك على وجه سيأتى فى كلام المصنف بصحة البيع (والشرط الثالث) أنه جعل الرضا موجباً للامضاء والسخط موجباً للفسخ والرد ولم يجعله متعلقاً باسقاط الشرط (والرابع) أنه أوجب فيه رد صاع من تمر واسقاط الشرط لايوجب رد صاع من تمر قال هذه الأوجه

ليس بحاصل حتى يفوته وانما هو شيء يتوقع حصوله فاذا حصل حصل بتصرفات العامل وكسبه ولو ساق فى مرض الموت وزاد الحاصل على أجرة المثل فوجهان (أحدهما) أنه لايحسب من الثلث أيضاً لأنه لم يكن حينئذ ثمرة وحصولها منسوب الى عمل العامل وتعهده (وأشبههما) احتساب الزيادة من الثلث لان الثمار وقتاً معلوماً ينتظر وهى قد تحصل من عين النخيل من غير عمل فكانت كالشيء الحاصل بخلاف الأرباح الثانية يجوز أن يقارض الواحد اثنين وبالعكس ثم اذا قارض الواحد اثنين وشرط لهما نصف الربح بالسوية جاز ولو شرط لأحدهما نصف الربح وللآخر ربعه فان أبهم لم يجز وان عين الثلث لهذا والربع لهذا جاز لان عقد الواحد مع اثنين كعقدين (وقال) مالك لايجوز لاشتراكهما فى العمل (وقال) الامام وانما يجوز أن يقارض اثنين اذا ثبت لكل واحد منهما الاستقلال فان شرط على كل واحد منهما مراجعة الآخر لم يجز وما أرى أن الاصحاب يساعدونه عليه واذا

الماوردي رحمه الله وأقواها الوجه الأول لكماله هو وغيره فقد بان بحمد الله تعالى صحة ماذهبنا اليه وجمهور العلماء واندفع ما تعلق به الخصم فى دفع ذلك (وأما) أن القياس هل هو معاضد للحديث فجماعة يدعون ذلك ويثبتونه بما علم فى الأجوبة المتقدمة وبعضهم يأبى ذلك ويروى الاستناد فى ذلك إلى الحديث ويجعل الأجوبة المذكورة لدفع الاعتراضات فقط قال الغزالى فى المآخذ والانصاف أولى من العناد ونحن نعلم أن حديث المصراة لو لم يرد لكنا لانثبت الخيار وقد سلم ما وجد حالة العقد ولم يتخلف إلا منفعة فى المستقبل فالاعتماد على الحديث وهو صريح لا تأويل له والله أعلم * وقول الغزالى هذا أنه لو لم يرد الحديث لكنا لا نثبت الخيار لا يضرنا فيما قدمناه فانا قد لا نسلم ذلك وندعى ثبوت الخيار كالعيب والشرط ولو سلمنا فحيث ورد الحديث فهو العمدة مع فهم المعنى فيه وان ما اشتمل عليه من الاحكام من محاسن الشرع كما تقدمت الاشارة اليه وهذا الذى قاله الغزالى خالف فيه الامام فانه قال فى النهاية أن قاعدة مذهب الشافعى تدل على أن ثبوت الخيار جار على القياس وذكر بيان ذلك بمسألة تجعيد الشعر وتلطيخ الثوب بالمداد وشبه ذلك وسنذكر ذلك عند الكلام فى هذه المسائل إن شاء الله تعالى (أما) رد الصاع فالامام موافق على أنه خارج على القياس والله أعلم * وقد ذكر القاضى أبو الطيب عن أبى عبيد القاسم بن سلام أنه قال فى كتابه المسمى بالحجر والتفليس ناظرت محمد بن الحسن واحتججت عليه بحديث أبى هريرة « أيما رجل مات أو أفلس » فقال هذا من أخبار أبى هريرة فكان ماهرب اليه أشد عليه مما هرب منه (قال) القاضي أبو الطيب فان قال يعنى الذى رده أنه يكثر الحديث عن النبى ﷺ (فالجواب) أن ذلك يوجب قبوله ويؤكد لزومه وغزارة حفظه وسعة علمه وكان الشيخ أبو محمد الباقى يجيب عنه بقول البحترى *

قارض اثنان واحداً فليبينا نصيب العامل من الربح ويكون الباقى بينهما على قدر ماليهما ولو قالا لك من نصيب أحدنا من الربح الثلث ومن نصيب الآخر الربع فان أبهما لم يجز وإن عينا وهو عالم بقدر كل واحد منهما جاز إلا أن يشترطا كون الباقي بين المالكين على غير ما تقتضيه نسبة المالين كافية من شرط الربح لمن ليس بمالك ولا عامل وعن أبى حنيفة تجويز هذا الشرط *

قال ﴿ ومهما فسد القراض بفوات شرط نفذ التصرفات وسلم كل الربح للمالك * وللعامل أجرة مثله إلا إذا فسد بأن شرط كل الربح للمالك ففي استحقاقه الأجرة وجهان لأنه لم يطمع فى شيء أصلا ﴾*

لما قضى حق القول في الأمور المعتبرة فى القراض بين حكمه إذا فسد بتخلف بعض الشروط وله ثلاثة أحكام (أحدها) نفوذ تصرفاته نفوذها لو كان القراض صحيحاً لأنه يتصرف بالاذن والاذن

إذا محاسني اللاتي أدل بها * صارت ذنوبي فقل لى كيف أعتذر

وأبو هريرة نفسه قد أجاب عن أكثار الحديث فانه كان يلزم رسول الله ﷺ ودعا له النبي ﷺ بالحفظ *

﴿ فرع ﴾ فى علة هذا الخيار وجهان (أحدهما) التدليس الصادر من البائع (والثانى) الضرر الحاصل للمشترى بأخلاف ما وطن نفسه عليه ويظهر أثر الوجهين فيما لو تحفلت بنفسها أو صرها غيره بغير إذنه (والأصح) عند صاحب التهذيب ثبوته وبه قطع القاضي حسين وقطع الغزالى بخلافه في الوجيز فيما إذا تحفلت بنفسها وفى الوسيط حكى الوجهين وجعل الأولى عدم الثبوت وحقيقة الوجهين ترجع إلى إلحاق خيار التصرية بخيار العيب أو بخيار الخلف المجمع علي كل منهما (فرجح) البغوى والقاضى حسين الأول وهو مقتضى كلام الماوردى والعراقيين ممن صرحوا أن التصرية عيب وكذلك يقتضيه كلام الشافعى فى الأم فانه قال (فاذا حلبها ثم أراد ردها بعيب التصرية) وقال أيضاً (فان رضي الذى ابتاع المصراة أن يمسكها بعيب التصرية) (ورجح) الغزالى الثاني وتبعه عبد الغفار القزويني فى حاويه (والمراد) بتحفلها بنفسها أن يترك صاحبها حلبها أياماً من غير شد لا عن قصد بل نسياناً أو لشغل عرض فان اللبن يجتمع فى ضرعها إذا لم يصل اليها ولدها أو تنفق شد أخلافها لحركتها بنفسها لا بصنع آدمى ولو ترك صاحبها حلبها ثلاثة أيام من غير شد الاخلاف لقصد غزارة اللبن ليراه المشترى فهو فى معني الشد بلا خلاف (قال) ابن الرفعه ولهذا قال بعض الشارحين وليس شد الاخلاف شرطاً بل هو الغالب وانما المعتبر أن يترك حلبها قصداً (قلت) وذاك داخل تحت الحديث على تفسير أبي عبيد وقد تقدم التوفيق بينه وبين تفسير الشافعى والتى صراها أجنبي

موجود وهذا كما أن تصرف الوكيل نافذ مع فساد الوكالة وليس كما إذا فسد البيع لاينفذ تصرف المشترى لأن المشترى إنما يتصرف بالملك ولا ملك فى البيع الفاسد (والثانى) سلامة الربح كله للمالك بتمامه لأنه فائدة ماله وإنما يستحق العامل بعضه بالشرط بالعقد الصحيح (والثالث) استحقاق العامل أجرة مثل عمله سواء كان فى المال ربح أو لم يكن لأنه عمل طمعاً فى المسمى فاذا لم يسلم اليه وجب أن يرد عمله عليه وانه متعذر فتجب قيمته كما إذا اشترى شيئاً شراء فاسداً وقبضه فتلف تلزمه قيمته (وعن) مالك أنه إن لم يحصل منه ربح فلا شيء له وإن حصل له فله مايقارض به مثله فى ذلك المال وهذه الأحكام مطردة فى صورة الفساد نعم لو قال قارضتك على أن جميع الربح لى وفرعنا على أنه قراض فاسد لا إبضاع ففي استحقاق العامل أجرة المثل وجهان (أحدهما) يستحق كما فى سائر أسباب الفساد (وأصحها) قال المزنى المنع لأنه عمل مجاناً غير طامع فى شيء *

بغير إذن البائع لاشك أنها داخلة تحت اسم المصراة عليها وإن لم يصح اطلاق اسم المصراة عليها فهي كهي في المعنى من جهة الظن الناشىء من رؤيتها نظن السلامة في غيرها (وأما) الحاق ذلك بالخلف جعل ذلك كالالتزام فبعيد ولو صراها لا لأجل الخديعة ثم نسيها فقد حكى الشيخ أبو الفتح القشيري المشهور بابن دقيق العيد عن أصحابنا فيه خلافاً ولم أر ذلك في كلامهم صريحا لكنه يتخرج على أنا هل نظر إلى أن المأخذ التدليس أو ظن المشترى (فعلى) الأول لايثبت الخيار لأنه لم يقصد الخديعة والتدليس (وعلى) الثاني يثبت لحصول الظن (والراجح) من ذلك ثبوت الخيار نظراً إلى المعنى وفوات ما ظنه المشترى ولو شد أخلافها قصداً لصيانة لبنها عن ولدها فقط قال ابن الرفعة فهو بلا شك كما لو تحفلت بنفسها (قلت) وهي كالمسألة التي حكاها الشيخ أبو الفتح عن أصحابنا لكن في تلك الزيادة النسيان وهو ليس بشرط فانه إذا كان القصد صحيحاً لم يحصل تدليس وخديعة وليس لقائل أن يقول ان التدليس حاصل بعدم تبيينه وقت البيع وهو عالم به لأن هذا المعنى حاصل فيما اذا تحفلت بنفسها وباعها وهو عالم بالحال لا فرق بين المسألتين وابن الرفعة سقط عليه من كلام القشيري فنقل المسألة عنه على أنه صراها لأجل الخديعة ثم نسيها ثم اعترض بأنه ينبغي أن تكون هذه من صور الوفاق وهذا الاعتراض لو كان الأمر كما نقله صحيح لأنه حينئذ يكون قد حصل التدليس والظن ولا يفيد توسط النسيان فاذا المسألة ذكرها ابن الرفعة وخرجها على ما اذا تحفلت بنفسها والمسألة التى نقلها القشيري واحدة والمسألة التي نقلها ابن الرفعة عن القشيري بحسب النسخة التى وقعت له غلطاً مسألة أخرى ينبغي الجزم بالخيار فيها فلذلك ذكرت المسألتين وأوجبت التنبيه عليهما لانهما ليسا في كلام الاصحاب صريحا فيما علمت والله أعلم *

﴿ فرع ﴾ قال المزني في المختصر لو دفع اليه الف درهم وقال اشتر بها هرويا أومرويا بالنصف فهو فاسد واختلفوا في تعليله (فالأصح) وهو سياق الكلام مايقتضيه أن الفساد باعتبار أنه تعرض للشراء دون البيع وهذا جواب على أصح الوجهين أن التعرض للشراء لايغني عن التعرض للبيع بل لابد من لفظ المضاربة ونحوها ليتناول البيع والشراء أو من التصريح بالشراء والبيع جميعاً وإذا اقتصر على الشراء فللمدفوع اليه الاقتصار على الشراء دون البيع والربح كله للمالك والخسران عليه (وفيه) وجه أن التعرض للشراء كاف وهو ينبه على البيع بعده وفيما إذا أتى بلفظ المضاربة والقراض أيضاً حكاية وجه ضعيف في النهاية أنه كما لو قال اشتر ولم يتعرض للبيع (وقيل) سبب الفساد في تصوير المزني أنه قال بالنصف ولم يبين لمن هو فيحتمل أنه أراد شرطه لنفسه وحينئذ يكون نصيب العامل مسكوتا عنه فيفسد العقد (واعترض) ابن سريج على هذا بان الشرط ينصرف إلى العامل لأن المالك

﴿ فرع ﴾ لا خلاف أن فعل التصرية بهذا القصد حرام لما فيها من الغش والخديعة والخداع محرم فى الشريعة قطعاً وهل يختص اثم فاعله بحاله علم التحريم أولا لأنه ظاهر المفسدة قال ابن الرفعة يشبه أن يكون الكلام فيه كما فى النجش (قلت) والذى اختاره الرافعى فى النجش تخصيص معصية الناجش ممن عرف التحريم بعموم أو خصوص وحكى البيهقى من كلام الشافعى ما يقتضى ذلك والله أعلم * وهذا الذى ذكرت من نفى الخلاف فى تحريم التصرية هو المشهور بين أصحابنا وغيرهم وحكي الشيخ أبو حامد صاحب العدة عن أبي حنيفة جوازه ولو حصلت التصرية لغير قصد البيع فقد رأيت فى كلام بعض الأصحاب أنها حرام وينبغى أن يحمل ذلك على ما إذا كانت تضر بالحيوان أما إذا لم يحصل ضرر بالحيوان ولا يلتبس على أحد فلا معنى للتحريم وبعض الأصحاب الذى أشرت اليه هو صاحب التتمة فانه لما تكلم فى الباس العبد ثوب الكتان فرق بينه وبين التصرية (قال) الباس ثوب الكتان من غير قصد البيع ممنوع بالشرع بل للسيد أن يلبس عبده كل ما يحل لبسه (وأما) ترك حلب اللبن من غير قصد اللبن ممنوع عنه بالشرع ويجب حمل ذلك على ما ذكرته * قال المصنف رحمه الله *

﴿ واختلف أصحابنا فى وقت الرد فمنهم من قال يتقدر الخيار بثلاثة أيام فان علم بالتصرية فيما دون الثلاث كان له الخيار فى بقية الثلاث للسنة (ومنهم) من قال إذا علم بالتصرية ثبت له الخيار على الفور فان لم يرد سقط خياره لأنه خيار ثبت لنقص فكان على الفور كخيار الرد بالعيب ﴾ *

﴿ الشرح ﴾ الذى قال بتقدر الخيار ثلاثة أيام هو القاضى أبو حامد المرور وذى وعليه نص الشافعى فى اختلاف العراقيين فى باب الاختلاف فى العيب فى الجزء الخامس عشر من الأم (قال)

يستحق بالمال لا بالشرط (وعن) ابن أبي هريرة أن سبب الفساد أنه تردد بين النوعين ولم يعين واحداً ولا أطلق التصرف فى أجناس الأمتعة (واعترض) القاضى الحسين عليه أنه لو عين أحدهما لحكمنا بالصحة فاذا ذكرها على الترديد فقد زاد العامل بسطة وتخيراً فينبغى أن يصح بطريق الأولى (وقيل) سببه أن القراض إنما يصح إذا أطلق له التصرف فى الامتعة أو عين جنساً يعم وجوده والمروى والمروى ليسا كذلك وهذا القائل كان يفرض فى بلد لا يعمان به (وقال) الامام يجوز أن يكون سبب الفساد أنه ارسل ذكر النصف ولم يقل بالنصف من الربح *

﴿ الباب الثانى في حكم القراض الصحيح ﴾

قال ﴿ وله خمسة أحكام (الحكم الأول) أن العامل كالوكيل فى تقييد تصرفه بالغبطة * فلا

من قبل أن المصراة قد تعرف تصريتها بعد أول حلبة في يوم وليلة وفى يومين حتى لا يشك فيها فلو كان الخيار إنما هو ليعلم استبانة عيب التصرية أشبه أن يقال الخيار حتى يعلم أنها مصراة قل ذلك أو قصر كما يكون له الخيار فى العيب إذا علمه بلا وقت قل ذلك أو قصر ونقله الرويانى عن نصه فى الاملاء أيضاً ونقله الجوزى وابن المنذر من كلام الشافعى صريحاً ولم يذكر الجوزى غيره وهو الصحيح عملا بالحديث و يقتضى ايراد الرويانى فى البحر وابن سراقة فى بيان مالا يسع جهله والشاشى فى الحلية ترجيحه وهو الذى قاله الغزالى فى الخلاصة وقطع به القشيرى والماوردى مع احتمال فى كلامه والخيار على هذا القول يكون خيار تروية كخيار الشفعة على قول وكخيار الشرط (والثانى) وهو أنه على الفور على قول أبى على ابن أبى هريرة فيما نقله الشيخ أبو حامد والقاضى أبو الطيب وغيرهما وصححه الفارقى تلميذ المصنف والبغوى فى التهذيب والرافعى والخوارزمى فى الكافى وابن أبى عصرون فى الانتصار (وقال) الرويانى فى الحلية أنه القياس والاختيار وهذان الوجهان متفقان على جواز الرد اذا اطلع على التصرية فى الثلاث و إنما الخلاف بينهما فى كونهما على الفور أو يمتد إلى آخرها وفى المسئلة وجه ثالث قاله أبو اسحاق أنه لا يرد قبل انقضاء الثلاث ولا بعدها أيضا وأجاله الرد عند انقضاء الثلاث وهذا الوجه بعيد وهكذا حكاه الرويانى والبندنيجى وسيأتى فى آخر المسئلة تنبيه على ما يتعلق بتحرير هذه الأوجه * واعلم أن بين الأوجه الثلاثة اشتراكا وافتراقا والوجه الأول والثالث يشتركان فى اعتبار الثلاث فى التصرية فهى ثابتة بالشرع من غير شرط و يفترقان فأبو اسحاق يقول المقصود بها الوقوف على عيب التصرية فانه لا يظهر بحلبة ولا بحلبتين فاذا حصلت الحلبة الثالثة عرف الحال وكان له حينئذ الرد بالعيب على الفور

يتصرف بالغبن ولا بالنسيئة بيعاً ولا شراء إلا بالاذن * و يبيع بالعرض فانه عين التجارة * ولكل واحد منهما الرد بالعيب * فان تنازعا فقال العامل يرد وامتنع رب المال أو بالعكس فيقدم جانب الغبطة ولا يعامل العامل المالك * ولا يشترى بمال القراض أكثر من رأس المال * وإن اشترى لم يقع للقراض * وانصرف اليه إن أمكن ﴾*

من أحكام القراض تقييد تصرف العامل بالغبطة كتصرف الوكيل ثم الغبطة والمصلحة قد تقتضى التسوية بينهما وقد تقتضى الفرق و بيع العامل وشراؤه بالغبن كبيع الوكيل بلا فرق ولا يبيع نسيئة بدون الاذن ولا يشترى أيضاً لأنه ربما يهلك رأس المال فتبقى العهدة متعلقة به فان أذن فى البيع نسيئة ففعل وجب عليه الاشهاد ويضمن لو تركه ولا حاجة اليه فى البيع حالا لانه يحبس المبيع إلى استيفاء الثمن ولو سلمه قبل استيفاء الثمن وضمن كالوكيل فان كان مأذوناً فى التسليم

وأبوحامد يحمل الخيار فى الثلاث كالخيار الثابت بالشرط ويدل له قوله صلى الله عليه وسلم «فهو بالخيار ثلاثة أيام» جعل الثلاثة ظرفا للخيار وهو مخالف لما يقوله أبواسحاق وكلا الوجهين مباين لقول ابن أبي هريرة فأن ابن أبي هريرة يقول أن الخيار ثلاثة أيام إنما يثبت بالشرط ويحمل الحديث على ذلك والتصرية موجبة للخيار على الفور لأنها عيب من العيوب فبين قول ابن أبي هريرة وقول أبي اسحاق اشتراك فى جعل خيار التصرية خيار عيب ثبت على الفور وافتراق في أن ابن أبي هريرة لايعتبر الثلاث عند عدم الشرط أصلا وأبواسحاق يعتبرها ولذلك أنه إذا اطلع على التصرية بعد الثلاث ثبت له الخيار على الفور عند ابن أبي هريرة ولايثبت عن أبي اسحاق وتأويل ابن أبي هريرة للحديث على الاشتراط لادليل عليه وقول أبي حامد وابن أبي هريرة متباعدان جدا لكن بينهما اشتراك واحد فى جعل الخيار فى الثلاثة الأيام فى صورة الشرط وتلخيص هذا أن خيار التصرية عند أبى حامد خيار شرع وعند أبي اسحاق وابن أبي هريرة خيار عيب وخيار الثلاث عند أبى حامد بالشرع وعند ابن أبي هريرة بالشرط وعند أبي اسحاق بالعيب (وأصحها وأوفقها) للحديث ولنص الشافعى قول أبي حامد والأصحاب نقلوا عنه أنه حكى ذلك على اختلاف العراقيين وقد رأيته فيه كما حكاه وقد قدمت من حكاه أيضا ولأجل ذلك صححت هذا القول وخالفت الرافعي رحمه الله فى التصحيح فانى رأيت أكثر الأصحاب ممن حكى الخلاف لم يصحح شيئا والذين صححوا قد ذكرتهم وهم مختلفون فى التصحيح وليس يترجح أحد الجانبين على الآخر بكثرة

قبل قبض الثمن سلمه ولم يلزمه الاشهاد لان العادة ماجرت بالاشهاد فى البيع الحال ويجوز للعامل أن يبيع بالعرض بخلاف الوكيل فان اشتراه بقدر قيمته قال فى التتمة فيه وجهان لأن الرغبات فى المعيب ماتقل وإن اشترى شيئاً على ظن السلامة فبان معيباً فله أن ينفرد برده وإن كانت الغبطة فيه ولا يمنعه منه رضى المالك بخلاف الوكيل لأن العامل صاحب حق فى المال وإن كانت الغبطة في إمساكه ففي النهاية وجهان فى تمكنه من الرد (وأظهرهما) المنع لاخلاله بمقصود العقد وحيث ثبت الرد للعامل ثبت للمالك بطريق الأولى ثم الذى حكاه الامام أن العامل يرد على البائع وينقض البيع (وأما) المالك فينظر إن كان الشراء بعين مال القراض فكمثل وإن اشترى العامل فى الذمة فيصرفه للمالك عن مال القراض وفى انصرافه إلى العامل ماسبق فى انصراف العقد إلى الوكيل إذا لم يقع للموكل ولو تنازع المالك والعامل فى الرد وتركه فعل مافيه الحظ ولا يجوز للمالك معاملة العامل بأن يشترى من مال القراض شيئاً لأنه ملكه كما أن السيد لايعامل المأذون ولا يجوز أن يشترى بمال القراض أكثر من رأس المال لأن المالك لم يرض بان يشغل ذمته فلو فعل لم يقع

والرافعي تبع فى ذلك البغوى وهو معارض بالصيمرى والجوزى ومعناه الدليل من الحديث ونص الشافعى واعتذر البغوى عن الحديث بأنه بني الأمر على الغالب لأن الغالب أنه لايقف على التصرية قبل ثلاثة أيام و يحمل نقصان اللبن فى اليومين على تبدل المكان وتفاوت العلف وغير ذلك وهذا الاعتذار يوافق قول أبي اسحاق (وأما) ماقاله صاحب التهذيب من أنه ثبت الخيار على الفور إذا اطلع قبل مضي الثلاث فلا يناسب ذلك ولوكان الحديث على الغالب لقال «فهو بالخيار ثلاثة أيام» فاذا هذا العذر مع تصحيح هذا الوجه لا يجتمعان اجتماعاً ظاهراً لكن ههنا تنبيهات (احداها) ما يمكن أن يكون مستنداً لأبي إسحق وابن أبي هريرة (أما) أبو اسحق فيمكن أن يكون مستنده الحديث باللفظ الذي أورده المصنف رحمه الله وكذلك أورده جماعة من الأصحاب فى كتبهم الفقهية وهو قوله «فهو بخير النظرين بعد أن يحلبها ثلاثاً» فان هذا اللفظ يحتمل أن يكون المراد بعد أن يحلبها ثلاث حلبات يثبت له الخيار فلا يكون له الخيار قبل انقضاء الثلاث لأن الحديث لم يدل عليه على هذا التقدير ولا يمتد بعد الثلاث بل يكون على الفور لأن الحديث على هذا التقدير إنما دل على مطلق الخيار حينئذ فلا يمتد لأمرين (أحدهما) عدم الدليل عليه والأصل اللزوم (والثانى) القياس على ماسواه من العيوب لكنا قد بينا أن هذه الرواية لم تصح ولا رأيتها فى شيء من الروايات فتعذر هذا البحث و بتقدير الصحة فذلك محتمل لاحتمال أن يكون ثلاثاً متعلق بخير النظرين و يكون الحلب مطلقاً غير مقيد بالثلاث و يؤيده الرواية التى فيها التصريح باثبات الخيار ثلاثاً لكني سأنبه فى التنبيه

مازاد عن جهة القراض حتى لو دفع اليه مائة قراضاً فاشترى عبداً بمائة ثم أجر بمائة القراض أيضاً لم يقع الثانى للقراض ولكن ينظر إن اشتراه بعين المائة فالشراء باطل سواء اشترى الأول بعين المائة أو فى الذمة (أما) إذا اشترى بعين المائة فلصيرورتها ملكا للبائع الأول (وأما) إذا اشترى فى الذمة فلصيرورتها مستحقة الصرف إلى العقد الأول وان اشترى العبد الثانى فى الذمة لم يبطل ولكن ينصرف إلى العامل حيث ينصرف شراء الوكيل المخالف اليه و إذا انصرف العبد الثانى الى العامل فان صرف مائة القراض إلى ثمنه فقد تعدي ودخلت المائة فى ضمانه لكن العبد يبقى أمانة فى يده لأنه لم يتعد فيه فاذا تلفت المائة نظر إن كان الشراء الأول بعينها انفسخ وإن كان فى الذمة لم ينفسخ و يثبت للمالك على العامل مائة والعبد الأول للمالك وعليه لبائعه مائة فان أداها العامل باذن المالك وشرط له الرجوع ثبتت له مائة على المالك ووقع الكلام فى التقاص و إن أدى من غير إذنه برىء المالك عن حق بائع العبد ويبقى حقه على العامل ويجوز أن يعلم قوله من لفظ الكتاب فلا يتصرف بالغبن ولا بالنسيئة ـ بالحاء ـ لأن أبا حنيفة يخالف فيه كما ذكرنا فى الوكالة *

الثانى على زيادة فى ذلك فليكن المستند فى رد ذلك عدم صحة الحديث (وأما) ابن أبى هريرة فمستنده أن التصرية عيب وخيار العيب علي الفور فيحمل ورود الثلاث فى الحديث على ما إذا شرط الخيار ثلاثاً وهذا منه يشبه ما ذهبت اليه الحنفية في بعض اعتذاراتهم عن الحديث وان لم يكن موافقاً فيما ذكروه فى رد الصاع وقوة الحديث تقتضي أن ذلك ثابت بالتصرية لا بالشرط ثم يقال لابن أبى هريرة أنت من الموافقين على العمل بالحديث وعدم الالتفات إلى مخالفة القياس فليكن معمولا به فى أن هذا الخيار يمتد إلى ثلاثة أيام ولا يقاس على ما سواه من العيوب فان هذا الدليل أخص من الدليل الدال على أن خيار العيب على الفور بل ان لم يكن فى مسألة العيب إجماع ولا نص يقتضى الفور فاللائق أن يجعل الخيار فيه ثلاثاً بالقياس على المصراة التى ورد فيها النص وان كان فيها نص أو اجماع فهو عام وهذا خاص والخاص مقدم على العام فلا مستند حينئذ لهذا الوجه وهو الذى صححه البغوى والرافعى ولالقول أبي اسحاق الذى قبله والصواب الصحيح المنصوص قول أبى حامد المروروذى وقول ابن أبى هريرة يشهد له من جهة المذهب شىء وهو أن فى كلام الشافعى ما يقتضى أن خيار الشرط ثلاثا فى البيوع مأخوذ من حديث المصراة فلو كان عند الشافعى أن خيار المصراة ثابت بالشرع من غير شرط كيف كان يستنبط منه جواز اشتراط الخيار ثلاثا فى البيوع ويحتمل أن يقال أن ثبوته بالشرع مع عدم الجهالة فيه مسوغ لاشتراطه وهذا أقرب الى ظاهر الحديث فانه ليس فيه تعرض للشرط والله تعالى أعلم (التنبيه الثانى) أن الحديث

قال ﴿ ولو اشترى من يعتق على المالك لم يقع عن المالك فانه نقيض التجارة * ولو اشترى زوجة المالك فوجهان * والوكيل بشراء عبد مطلق ان اشترى من يعتق على للموكل فيه وجهان * والعبد المأذون ان قيل له اشتر عبداً فهو كالوكيل * وان قيل له اتجر فهو كالعامل * وان اشتري العامل قريب نفسه ولا ربح فى المال صح * وان ارتفعت الاسواق وظهر ربح وقلنا يملك بالظهور عتق صحته (و) ولم يسر إذ لا اختيار فى ارتفاع السوق * وان كان فى المال ربح وقلنا لا يملك بالظهور صح ولم يعتق * وان قلنا يملك ففى الصحة وجهان لانه مخالف للتجارة * فان صح عتق (و) حصته وسرى الى نصيب المالك لأن المشترى مختار وغرم له حصته ﴾ *

مضمون الفصل مسألتان (احداهما) اذا اشترى العامل من يعتق علي المالك فاما أن يشتريه باذن المالك أو بغير اذنه (أما) الحالة الأولى فيصح الشراء ثم ان لم يكن فى المال ربح عتق عن المالك وارتفع القراض ان اشتراه بجميع مال القراض وخيار رأس المال الباقى ان اشتراه ببعضه وان كان فى المال ربح ينبنى على أن العامل متي يملك نصيبه من الربح (ان قلنا) يملك بالقسمة عتق

باللفظ الذى أورده المصنف رحمه الله على الاحتمال المقابل لما أبديته فى مأخذ أبى إسحاق يقتضى إثبات الخيار ثلاثة أيام ابتداؤها بعد الحلب وهذا لا أعلم أحدا قال به لا أبا حامد ولا غيره إلا أبا بكر ابن المنذر فأنه قال له خيار ثلاثة أيام بعد الحلب على ظاهر الحديث وإنما قال أبو حامد بأنها من آثار العقد كخيار الشرط على ما سأذكره إن شاء الله تعالى لكن الحديث بهذا اللفظ لم يصح والله أعلم (التنبيه الثالث) إن الألفاظ الصحيحة فى الحديث وردفيها «فهو بخير النظرين بعد أن يحلبها» وفى الألفاظ الصحيحة فى رواية أخرى «فهو بالخيار ثلاثة أيام» فاللفظ الأول يقتضى أن الخيار بعد الحلب واللفظ الثانى يقتضى أن مدة الخيار ثلاثة أيام ويلزم من مجموع ذلك أن يكون الخيار ثلاثة أيام إبتداؤها من الحلب وهو الذى لم أعلم أحدا قال به غير ابن المنذر (وأما) أن يعمل بالحديثين ويجعل أحدهما مبينا للآخر فيلزم هذا الذى لم يقل به أحد فيما علمت غير ابن المنذر (وأما) أن يحملا متعارضين فتقف الدلالة علي ترجيح أن الخيار يمتد ثلاثة أيام (والجواب) عن هذا أن قوله «فهو بخير النظرين بعد أن يحلبها» محمول على الغالب لأن الرضى والسخط انما يكون بعد الحلب وتبين الحال والحلب الغالب أنه يقع فى الثلاثة فاثبات الخيار ثلاثة أيام أقتضى زيادة علي ما اقتضاه قوله «بعد أن يحلبها» فعملنا بالزائد المبين وحملنا الآخر على الغالب وهذا الحمل لا يأباه اللفظ بخلاف حمل قوله «فهو بالخيار ثلاثا» على الغالب فانه يأباه اللفظ واللائق بارادة ذلك المعنى أن تقول فهو بالخيار بعد ثلاث (التنبيه الرابع) أن الأصحاب يعبرون عن الخلاف فى هذه المسئلة بأن الخيار هل هو خيار

أيضا وغرم المالك نصيبه من الربح وكأنه استرد طائفة من المال بعد ظهور الربح وأتلفه (وان قلنا) انه يملك بالظهور عتق منه حصة رأس المال ونصيب المالك من الربح ويسرى الى الباقى ان كان موسرا أو يغرمه وان كان معسرا بقى رقيقا وفيه وجه انه اذا كان فى المال ربح وقد اشتراه ببعض مال القراض نظر ان اشتراه بقدر رأس المال عتق وكأن المالك استرد رأس المال والباقي ربح يتقاسمانه علي قضية الشرط وان اشتراه بأقل من رأس المال فهو محسوب من رأس المال وان اشتراه بأكثر حسب قدر رأس المال من رأس المال والزيادة من حصة المالك ما أمكن والظاهر الأول وهو وقوعه سائغا على ما سنذكره فى استرداد طائفة من المال بعد الربح والحكم فيما اذا أعتق المالك عبدا من مال القراض كالحكم فى شراء العامل من يعتق عليه باذنه (الحالة الثانية) أن يشتريه بغير اذن المالك وهى التى قصدها صاحب الكتاب فلا يقع الشراء عن المالك بحال لأن مقصود العقد تحصيل الربح وفى شراء من يعتق عليه تفويت رأس المال أيضا لكن ينظر ان اشتراه بعين مال القراض بطل من أصله وان اشتراه فى الذمة وقع عن العامل ولزمه الثمن من ماله فان أداه

شرع أو خيار عيب فالأول قول أبي حامد والثاني قول أبي إسحاق ومنهم من يعبر بأنه هل هو خيار شرط أو خيار عيب والأول قول ابن أبي هريرة والثاني قول أبي إسحاق وقد علمت معنى ذلك فيما تقدم وأن ابن أبي هريرة يوافق أبا إسحاق في أصل الخيار خيار عيب والثلاثة عنده ثابتة بالشرط لا لأجل التصرية بل بشرط المتعاقدين فكلام الأصحاب كلهم مصرح بأن الخيار عند ابى حامد بالشرع لا بالعيب وفرعوا على ذلك فروعا سأذكرها إن شاء الله تعالى وكأنهم أخذوا بالتسليم أن خيار العيب لا يكون إلا على الفور وأنت اذا تأملت ماقدمته في جواب ابن أبي هريرة في التنبيه الأول توجه ذلك المنع لذلك فإنا نقول لاتنافى بين الأمرين وما المانع من أن يكون الشرع جعل خيار هذا العيب ثلاثة أيام كخيار الشرط لأنه غالبا إنما يظهر فيها ولا يحتاج إلى أكثر منها ولا يكون ذلك من باب التعبد المحض الذى لا يعقل له معني فهذا أقرب إلى المحافظة على إتباع النصوص والمعاني وقد قال الماوردى في الاقناع أن التصرية عيب يرد بها المشترى إلى مدة ثلاثة أيام وظاهر هذا الجمع بين جعلها عيبا أو امتداد الخيار ثلاثا لكنه ليس نصا فيما أقوله فأنه يحتمل أن يرتدا به أى وقت ظهر له التصرية في الأيام الثلاثة يرد على الفور ولا يرد بعدها وهو قول أبي اسحاق ولذلك لم أورده ولم أروه ولذلك لم أذكره مع الموافقين لشيخه الصيمرى في إثبات الثلاثة لأجل هذا الاحتمال كما قدمت الاشارة اليه وقد يظهر لهذا البحث أثر في التفريع الذى سنذكره إن شاء الله تعالى (التنبيه الخامس) أنه تقدم عن الغزالى التردد في الحاق خيار التصرية بخيار العيب

من مال القراض ضمن ولو اشترى العامل زوجة المالك أو زوج المالكة بغير إذنها فوجهان (أحدهما) و به قال أبو حنيفة أنه يصح لأنه اشترى له ما يتوقع فيه الربح ولا يتلف رأس المال (وأظهرهما) ويحكي عن نصه في الإملاء المنع لأنه لو ثبت للمالك لانفسخ النكاح وتضرر به والظاهر أنه لا يقصده بالاذن وانما يقصد مال فيه حظ فعلى هذا الحكم كما لو اشترى من يعتق علي المالك بغير إذنه واذا وكل وكيلا بشراء عبد فاشترى من يعتق على الموكل ففي وقوعه للموكل وجهان نقلهما الامام (أحدهما) المنع لأن الظاهر أنه يطلب عبد تجارة أو عبد قنية وبشراء من يعتق عليه لا يحصل واحداً من الوصفين (وأظهرهما) وهو الذى أورده الجمهور الوقوع لأن اللفظ يتناوله وان بقي له انتفع به وان عتق عليه ناله ثوابه وانما أخرجناه عن التناول بالقراض لقرينة غرض التجارة (فان قلنا) بالأول بطل الشراء ان اشتراه بعينه والا وقع عن الوكيل والعبد المأذون له في التجارة إن اشترى من يعتق علي سيده باذن السيد صح وعتق عليه إن لم يركبه دين وان ركبه الدين ففي العتق قولان لأن ما في يده كالمرهون بالديون (وان) اشترى بغير إذنه فقولان منصوصان (أحدهما) انه يصح و يعتق عليه لأن

أو بخيار الخلف وههنا فى الأوجه الثلاثة جعلناها راجعة إلى أنه هل هو خيار شرع أوشرط أوعيب ولم يذكر الحلف (فالجواب) أن خيارالعيب وخيار الخلف يشتركان فى أن كلا منهما على الفور و إنما لايفترقان فيما لايكون من فعل البائع كتحفل الشاة بنفسها هل يثبت أصل الخيار أولا يثبت فالذى يقول ههنا بأنه على الفور لايختلف نظره وكان التعبير عن ذلك بالعيب وبالخلف سواء (التنبيه السادس) أنه قد تقدم أن الأصح عند صاحب التهذيب وغيره ثبوت الخيار فيما إذا تحفلت بنفسها وتخريج ذلك على أنه يسلك به مسلك العيب وذلك مستمر على صحيح صاحب التهذيب هنا أنه على الفور (وأما) على ماصححته ونص الشافعى عليه وقاله أبو حامد من أن الخيار بالشرع فهل يكون الحكم ثبوت الخيار ثلاثا مستمرا أولا فان كان مستمرا فلا مستندله فأن الحديث لم يشمل إلا التى صريت وإلحاقه بالعيب لايقتضى إثبات الثلاث وإن لم يثبت خيار أصلا كان ذلك مخالفة لصاحب التهذيب وقد تقدم موافقته هناك وإن ثبت الخيار على الفور كان ذلك موافقة له هنا فأحد الأمرين لازم (أما) مخالفة صاحب التهذيب هناك (وأما) موافقته هنا (والجواب) أنه يثبت الخيار ثلاثا لأن المعنى الذى يثبت لأجله فى محل النص موجود هنا وهو فوات الظن وكونه من باب العيب لا يمنع إثبات الثلاث لما تقدم فى التنبيه الرابع أنه لا منافاة بين ذلك وأن الدليل الدال على إثبات الثلاث هنا أخص من الدليل فيما سواه من العيوب فلا يلزم من موافقة صاحب التهذيب فى ثبوت الخيار هناك لوجود

العبد لا يمكنه الشراء لنفسه وانما يشترى لسيده فاذا اطلق الاذنا نصرف ما يشتريه اليه مقيداً كان أو غير مقيد والعامل يمكنه الشراء لنفسه كما يمكنه الشراء للمالك فما لا يقع مقصوداً بالاذن ظاهراً ينصرف إلى العامل (وأصحهما) وهو اختيار المزنى أنه لا يصح كما فى حق العامل لأن السيد انما أذن فى التجارة وهذا ليس من التجارة فى شىء ورأى الامام القطع بهذا القول فيما إذا كان الاذن فى التجارة ورد الخلاف الى ما اذا قال تصرف فى هذا المال أو اشترى عبداً وعلى هذا جرى صاحب الكتاب حيث قال ان قيل له اشتر عبداً فهو كالوكيل (وان قيل) اتجر فهو كالعامل أى هو كالوكيل فى أن الخلاف يجد مجالا ومضطربا ولا يمكن حمله على أن الخلاف كالخلاف فان الخلاف فى المأذون قولان مشهوران وفى الوكيل إن ثبت وجهان وقوله فهو كالعامل يجوز إعلامه - بالواو - لأن الأكثرين أثبتوا القولين مع تصويرهم فى الاذن فى التجارة وكذلك حكاه المزنى عن نصه فى المختصر ويجوز إعلامه - بالحاء - أيضاً لأن المحكى عن أبى حنيفة أنه إن لم يدفع السيد اليه وانما أذن له فى التجارة صح الشراء وعتق على السيد وان دفع اليه مالا فهو كالعامل ثم

معنى الحديث موافقته ههنا فى عدم اعتبار الثلاث لما فى ذلك من مخالفة ظاهر الحديث (التنبيه السابع) أن قول أبي اسحق المذكور وقع فى نقله ما ينبغي التثبت فيه فمنهم من يجعله كما حكيته فيما تقدم وأنه يمتنع عليه الرد قبل الثلاث و بعدها وانما له الرد عند انقضاء الثلاث صرح بذلك الروياني وهو مقتضى كلام الشيخ أبي حامد وظاهر هذا الكلام إذا أخذ على إطلاقه يشمل ما إذا علم التصرية قبل الثلاث باقرار البائع أو نيته وامتناع الرد إذا أقر البائع أو قامت بينة لسببه ففيه بعد والذي يقتضيه كلام القاضى حسين أن له الرد فى هذه الحالة على كل قول عند العلم فانه حكى الأوجه الثلاثة من غير تعيين قائلها فقال منهم من قال هو خيار التصرية يمتد إلى ثلاثة أيام لأنه لا يتحقق دونها حتى لو علم بعيب التصرية فى الحال بأن أقر به أو شهد له البينة يكون على الفور ومنهم من قال هو للتروية كما فى الشفعة فى قول يمتد إلى ثلاثة أيام (ومنهم) من قال أراد به إذا شرط الخيار ثلاثاً لأن خيار التصرية خيار عيب ونقيصة فهو على الفور انتهى (والقول الثاني) فى كلامه هو قول أبي حامد المروروذى (والثالث) هو قول ابن أبي هريرة والأول هو - والله أعلم - قول أبي اسحق وقد صرح عليه بثبوت الخيار إذا علم وصاحب التتمة لم يحك إلا قول أبي حامد وقول أبي إسحق وصرح على قول أبي إسحق بأنه اذا علم التصرية بأقرار أو ببينة وأخر الفسخ بطل خياره فتعين أن يحمل كلام غيرهما ممن حكى المنع عن أبي اسحق كالروياني وغيره على أنه يمتنع عليه الرد اذا ظهر له التصرية بحلبة أو حلبتين لأن ذلك لا يفيد العلم لاحتمال أن يكون بحال فى العلف

هذا الخلاف فيما إذا لم يركبه دين فان ركبه وقد اشتراه بغير إذن السيد ترتب الخلاف على الخلاف فيما إذا لم يركبه وعدم الصحة ههنا أولى وان صح ففي نفوذ العتق الخلاف السابق (المسألة الثانية) إذا اشترى العامل من يعتق عليه نظر إن لم يكن فى المال ربح صح الشراء ولم يعتق عليه كالوكيل يشترى قريب نفسه لموكله ثم إن ارتفعت الأسواق وظهر ربح بني على القولين فى أن العامل متي يملك الربح (إن قلنا) يملكه بالقسمة لم يعتق بشيء منه (وان قلنا) بالظهور فاظهر الوجهين وهو المذكور فى الكتاب أنه يعتق عليه قدر حصته من الربح لأنه ملك بعض أبيه (والثانى) لا يعتق لأن الملك فيه غير تام من حيث أنه وقاية لرأس المال معداً لهذا الغرض إلى انفصال الأمر بينهما بالمقاسمة (فان قلنا) بالأول ففى الشراء به إن كان موسراً وتقديم الباقي عليه وجهان (أحدهما) و به أجاب الأكثرون أنها تثبت كما لو اشتراه وفيه ربح وقلنا إنه يملك بالظهور (والثانى) المنع وهو الذى أورده فى الكتاب لأن العتق والحالة هذه يحصل فى الدوام بسبب هو فيه غير مختار ومثل ذلك لا يتعلق به الشراء ألا ترى أنه لو ورث بعض قريبه عتق عليه ولم يشتر ومن قال بالأول أجاب

أو لتبدل الايدى (أما) اذا حصل العلم بقول البائع أو ببينة ولا مانع من ثبوت الخيار وحينئذ يكون فى هذا موافقة لابن أبى هريرة فى ثبوت الخيار فى الثلاثة على الفور اذا حصل العلم لكنه مع ذلك يخالفه في أن ابن أبى هريرة يثبت الخيار اذا حصل الاطلاع على التصرية بعد الثلاث وأبو اسحاق لا يثبته على ما حكاه الرويانى ولم يتعرض القاضي حسين لذلك بموافقة ولا مخالفة مع أن منع الرد بعد الثلاث أيضاً مع وجود العيب بعيد والذى حكاه للماوردى تفريعاً على قول أبي اسحق أن له الرد اذا اطلع بعد الثلاث ولم يحك الخلاف الا بين أبى حامد وأبى اسحق قال ثبت عن أبى اسحق ما صرح به الرويانى ومن وافقه فالخلاف بين أبى هريرة وأبى اسحق متحقق وان كان أبو اسحق يقول بالرد بعد الثلاث أيضاً كما قاله الماوردى وقبلها كما قاله القاضى حسين فحينئذ يتحد قوله وقول ابن أبى هريرة لكن الشيخ أبو حامد مصرح بما قاله الرويانى ولم يحك الخلاف الا بين أبي اسحق وابن أبى هريرة وأبو حامد لا يرد نقله فهى ثلاثة أوجه محققة ويبعد كل البعد أن يقال أنها أربعة تمسكا بظاهر ما قاله الرويانى عن أبى اسحق من امتناع الرد قبل الثلاث وبما حكاه القاضى حسين ولم ينسبه فيكون ذلك قولا مغايراً للثلاثة وبه تصير أربعة هذا بعيد لاينبغى المصير اليه وليس ذلك إلا للاختلاف فى النقل والتعبير عن وجه واحد وتنبيه كلام صاحب التتمة ولولا تصريح الشيخ أبى حامد وغيره بالخلاف بين أبى اسحاق وابن أبي هريرة

بأنه لاختيار فى الارث أصلا وههنا الشراء اولاً والامساك ثانياً إلى ارتفاع الأسواق اختياران وان كان فى المال ربح سواء كان حاصلا فى الشراء أو حصل بنفس الشراء مثل ان كان رأس المال مائة فاشترى بها أباه وهو يساوى مائتين (فان قلنا) إنه يملك الربح بالقسمة دون الظهور صح الشراء ولم يعتق (وان قلنا) يملك بالظهور ففى صحة الشراء فى قدر حصته من الربح وجهان (أظهرهما) الصحة لأنه مطلق التصرف فى ملكه (والثانى) المنع لأنه لو صح فاما أن يحكم بعتقه وهو يخالف غرض الاسترباح الذى هو مقصود التجارة أولا يحكم فيختلف العتق عن ملك القريب (فان قلنا) بالمنع ففى الصحة فى نصيب المالك الوجهان السابقان (إن قلنا) يعتق فان كان موسراً سرى العتق إلى الباقي ولزمه الغرم لأنه مختار فى الشراء والا بقى الباقى رقيقاً هذا كله فيما إذا اشترى العامل قريب نفسه بعين مال القراض (أما) إذا اشتراه فى الذمة للقراض فحيث صححنا الشراء بعين مال القراض أوقعناه ههنا عن القراض وحيث لم نصحح ههنا عن العامل وعتق عليه ومن صاحب التقريب قول أنه لو أطلق الشراء ولم يصرفه إلى القراض لفظا ثم قال كنت نويته (وقلنا) أنه إذا وقع عن القراض لم يعتق منه شيء لايقبل قوله لأن الذي جرى عقد عتاقة فلا يمكن من رفعها ٭

لـكنت أقول أن كلامهما يرجع إلى معنى واحد وهو أن الخيار على الفور وأنه وجه واحد مقابل لوجه أبي حامد وهما الوجهان اللذان ذكرهما المصنف لـكن الأصحاب مطبقون على ذكر الخلاف بين أبي اسحاق وابن أبي هريرة والله تعالى أعلم (التنبيه الثامن) أن قول المصنف «ومنهم من قال إذا علم بالتصرية يثبت له الخيار على الفور» يحتمل أن يكون مراده اذا علم بالتصرية فى الثلاثة الأيام ويحتمل مطلقا (فان) كان المراد الثانى فالقول المذكور وهو قول ابن أبي هريرة كما ذكرناه فيما تقدم لأنه القائل بجواز الرد قبل الثلاث و بعدها على الفور ويكون قول أبي اسحاق حينئذ قولا ثالثا فى المسئلة لم يتعرض المصنف رحمه الله لحكايته (وان) كان المراد الأول وان فرض المسألة فى الثلاث خاصة فالقول المذكور هو قول ابن أبي هريرة باتفاق الناقلين وهو قول أبي اسحاق أيضا على ماتقدم عن القاضي حسين فانه يوافق على الرد قبل الثلاث على الفور ولا يكون حينئذ فى مسئلة الـكتاب الا وجهان وتكون مسئلة العلم بعد الثلاث مسكوتا عنها وفيها أيضا وجهان بين ابن أبي هريرة وأبي اسحاق فهما متفقان قبل الثلاث ويوافق أبا اسحاق فى امتناع الرد بعدها (التنبيه التاسع) أن اتفاق ابن أبي هريرة وأبي اسحاق على جواز الرد على الفور قبل الثلاث اذا حصل العلم باقرار البائع وبنيته ظاهر لااشكال فيه ولاشك أن أبا اسحاق لايعتبر العلم بغير ذلك من ظهور التصرية بالحلبة والحلبتين كما تقدم وأما ابن أبي هريرة فلم يصرحوا عنه فى ذلك بشيء ويحتمل أن يكون موافقا لأبي اسحاق فى ذلك فان الحكم باحالة تناقص اللبن علي التصرية مع

﴿ فرع ﴾ ليس لعامل القراض أن يكاتب عبد القراض بغير اذن المالك فان كاتباه معا جاز وعتق بالأداء ثم إن لم يكن فى المال ربح فولاؤه للمالك ولا ينفسخ القراض بما جرى من الكتابة فى أظهر الوجهين بل ينسحب على النجوم وإن كان فيه ربح فالولاء بينهما على حسب الشرط وما يزيد على الثمن من القيمة ربح *

قال ﴿ الحكم الثاني * ليس لعامل القراض أن يقارض عاملا آخر بغير إذن المالك * وفى صحته بالاذن خلاف (و) * فان فعل بغير الاذن وكثرت التصرفات والربح فعلى الجديد الربح كله للعامل الأول ولا شيء للمالك * وللعامل الثانى أجر مثله علي العامل الاول اذ الربح على الجديد للغاصب * والعامل الاول هو الغاصب الذى عقد العقد له * وقيل كله للعامل الثانى فانه الغاصب * وعلي القديم يتبع موجب الشرط للمصلحة وعسر ابطال التصرفات وللمالك نصف (و) الربح والنصف الآخر بين العاملين نصفين (و) كما شرطا * وهل يرجع العامل الثانى بنصف أجرة مثله لانه كان طمع فى كل النصف من الربح ولم يسلم له فيه وجهان ﴾ *

احتمال احالته على اختلاف العلف وتبدل الأيدى غير مجزوم به ويحتمل أن يكون ابن ابى هريرة مخالفا لأبى اسحاق فى ذلك ويكتفي فى جواز الرد بظهور ذلك بالحلبة والحلبتين حيث لا معارض لذلك كما يعتمد عليه فى الثلاث فيكون ابن ابى هريرة وابو اسحاق مختلفين قبل الثلاث من بعض الوجوه دون بعض (التنبيه العاشر) قول المصنف «اذا علم» يحتمل أن يريد به حقيقة العلم باقرار البائع أو بالبينة وذلك يسمى علما فى الحكم وحينئذ يحصل الاتفاق بين أبى هريرة وأبى اسحاق فى جواز الرد قبل الثلاث ويحتمل أن يريد به مطلق الاطلاق ولو بدلالة الحلب فيعود فيه الكلام الذى قدمته الآن والله أعلم *

﴿ التفريع ﴾ لو اطلع علي التصرية بعد الثلاث (فعلى) قول أبي حامد قالوا ليس له الرد لأن ذلك خيار ثبت بالشرع للتروى كخيار الشرط فيفوت بانقضاء الثلاث (وعلى) قول ابن أبى هريرة وأبى اسحق قد تقدم حكمه (وقال) الجوزى إذا علم بالتصرية بعد الثلاث فله الرد كسائر العيوب وانما جعل الثلاث فسحة له إذا علم فى أول يوم بالتصرية أو فى الثانى أن يؤخر الرد إلى الثلاث وينقطع بآخر الرد بعد ثلاث (وأما) إذا لم يعلم فهو كسائر العيوب وهذا حسن ويوافقه ماسنذكره عن الابانة والوسيط ولو اشتراها وهو عالم بالتصرية فعلى قول من ابن أبي هريرة وأبي اسحق لايثبت كسائر العيوب الا أبي حامد قالوا يثبت له الخيار لأنه خيار شرع وشبهوه بما إذا تزوجت عنينا عالمة بعنته وعلى قول ابن أبى هريرة وأبى اسحق لايثبت كسائر العيوب وهو الأظهر فى المستظهرى * واعلم أن الحكم بعدم الرد بعد الثلاثة وثبوته إذا اشتراها عالما بالتصرية ميل الى

اذا قارض العامل غيره لم يخل أما أن يقارضه باذن المالك أو بغير اذنه (أما الحالة الأولى) فتتصور على وجهين (أحدهما) أن ينسلخ العامل من البين وينتهض وكيلا في القراض مع الثانى كأن المالك سلم اليه المال وأذن له فى أن يقارض غيره ان بدى له فهذا صحيح كما لو قارضه المالك بنفسه ولا يجوز أن يشترط الاول لنفسه شيئاً من الربح ولو فعل فسد القراض وللثانى أجرة المثل على المالك لما مر أن شرط الربح لغير المالك والعامل ممتنع (والثانى) أن يأذن له فى أن يعامل غيره ليكون ذلك الغير شريكاً له فى العمل والربح المشروط له على مايراه حكى الامام وصاحب الكتاب فيه وجهين (أحدهما) الجواز كما لو قارض المالك شخصين فى الابتداء (وأشبههما) المنع لأنا لو جوزنا ذلك لكان الثانى فرعا للأول منصوبا من جهته والقراض معاملة تضيق محال القياس فيها فلا يعدل بها عن موضوعها وهو أن يكون أحد المتعاقدين مالكا لاعمل له والثانى عاملا لاملك له وهذا ما أشار اليه صاحب الكتاب بقوله فى الباب الأول حين ذكر هذه المسألة «لان وضع القراض أن يدور بين مالك وعامل» وليكن لفظ الكتاب هنالك معلماً - بالواو - نعم لو قارض العامل غيره بمقدار

حانب التعبد وكل للفرعين ذكروا ذلك على قول أبي حامد حتى الماوردى وقد نبهت فيا تقدم على أنه لا تنافى بين اثبات الثلاث وجعل ذلك من باب العيب ويؤيده ما تقدم عن الشافعى رحمه الله أنه صرح في الأم بأن التصرية عيب مع ماتقدم من الحكاية عن نصه أن الخيار ثلاثة أيام فالجمع بين هذين النصين يقتضى ما قلته ومقتضي ذلك أنه اذا اطلع بعد الثلاث ثبت له الخيار على الفور كسائر العيوب مع قولنا أن الخيار يمتد الى ثلاثة أيام وان كان الزمن الذي قدره الشرع للخيار على سبيل التروى قد مضى كما يكون له الخيار بعيب يطلع عليه بعد خيار الشرط وقد يتفق أن المشترى يغفل عن ملاحظتها فى مدة الثلاثة الأيام بأن يكون فى يد وكيله أو البائع أو غيرهما ثم يطلع بعد الثلاث على التصرية وتناقص اللبن فى الحلبات الماضية (وأما) إذا اشتراها وهو عالم بالتصرية فيحتمل أن يقال ثبوت الخيار كما ذكروه فى التفريع على هذا القول مع كونه عيبا لأن هذا العيب لا يوقف على حقيقته فى العادة الا بالثلاث فلا يفيد العلم بكونها مصراة حتى يحلبها ثلاثا فحينئذ يعلم مقدار لبنها الأصلى وقبل ذلك يكون رضاً بأمر مجهول كما يقول فى بيع العين الغائبة اذا قلنا بصحته أنه ينفذ فسخه قبل الرؤية ولا ينفذ إجازته على الأصح على قول بيع الغائب فكذلك ههنا وفى ذلك تمسك بظاهر الحديث ومراعاة المعنى وبه يتجه اثبات الخيار مع العلم ولايلزم منه اسقاط الخيار اذا أطلع على التصرية بعد الثلاث ومما يرشد الى المعني فى ذلك ما ورد فى الحديث «بيع المحفلات خلابة ولا تحل الخلابة لمسلم» روى

عما شرط له أما اذا قارض بقدار ماشرط له كان ذلك غير التصوير الاول وهو جائز بلا خلاف (الحالة الثانية) أن يقارض العامل بغير اذن المالك فهو فاسد لان المالك لم يأذن فيه ولا ائتمن على المال ويجيء فيه القول المذكور فى أن تصرفات الفضولى تنعقد موقوفة على الاجازة (واذا قلنا) بالمذهب فلو أن الثانى تصرف فى المال وربح فهذا ينبني على أن الغاصب اذا اتجر فى المال المغصوب ماحكم تصرفه ولمن الربح الحاصل ؟ (أما) اذ تصرف فى عين المغصوب فهو تصرف الفضولى (فاما) اذا باع سلماً أو اشترى فى الذمة وسلم المغصوب فيما التزمه وربح (فعلى) الجديد الربح للغاصب لأن التصرف صحيح والتسليم فاسد فيضمن المال الذى سلمه ويسلم له الربح وهذا قياس ظاهر وعلى القديم هو للمالك توجيها بحديث عروة البارقى فان النبي ﷺ أخذ رأس المال والربح وبأنا لوجعلناه للغاصب لاتخذه الناس ذريعة الى الغصب والخيانة فى الودائع والبضاعات وبان تصرفات الغاصب قد تكثر فيتعسر بيع الأمتعة التى تداولتها الايدى المختلفة أو يتعذر وفى هذا القول مباحثات (أحداها) الجزم على هذا القول بأن الربح للمالك او توقفه على اجازته واختياره قيل بالوقف على الاجازة وبنى هذا القول على قول الوقف فى بيع الفضولى

ذلك عن ابن مسعود مرفوعاً إلى النبي ﷺ .وموقوفاً على ابن مسعود والوقف أصح والرفع ضعيف ولكن يستأنس بذلك فى المعنى وهو يرشد إلى الحاق هذا الخيار بخيار العيب كما أن من باع عيناً علم عيبها ولم يبين فقد حصلت منه الخلابة (وهى الخديعة) وأما الذى يشترط وصفاً فى المبيع بحيث إذا ظهر خلافه يرد عليه ليس حاله حال المخادع فأفادنا الأثر المذكور أن الخديعة فى البيع على تلك الصورة وأن التصرية وان لم تكن من البائع تثبت الخيار لأنه بالبيع معها من غير تبيين مخادع كما أن بائع العين المعيبة مخادع وان كان العيب ليس منه فهذا المعنى يقتضى ثبوت الخيار أي وقت اطلع عليه * ثم فى المصراة معنى آخر وهو أنه لا يوقف على عيبها فى العادة إلا بثلاثة أيام فزيد فيها هذا الحكم ولم يسقط بالعلم كغيرها من العيوب لأن العلم بالتصرية لايفيد الغرض وينخرم به الخدش على مقدار اللبن الأصلي فهذا ما ظهر لى فى هاتين المسألتين وأنه يثبت الخيار ثلاثاً مع العلم ويثبت إذا اطلع على عيب التصرية بعد ثلاث على الفور وقد قدمت عن الجوزى القول بذلك وابن المنذر لما نقل عن الشافعى وناس من أهل الحديث أنهم يجعلون لمشتريه خيار ثلاثة أيام (قال) وفى مذهب بعض المدنيين له الخيار متى تبين له أنها مصراة أن يردها (قلت) وهذا هو قول ابن أبى هريرة وقد خرج صاحب التتمة بأنه إذا علم التصرية لا خيار له وحكى الوجهين فيما إذا توهمها أو أخبره بها من لا يثق بخبره ثم تحقق ذلك عنده (وقال) الشيخ أبو حامد رحمه الله إذا علم التصرية ثم لم يدم اللبن بل عاد إلى ما كان عليه قبل التصرية فهل له الرد فيه وجهان وهذا الكلام يوهم أنه لو دام على ما أشعرت به التصرية لم يكن له الرد وأن الخلاف مقصور على ما إذا رجع إلى ما كان عليه ويؤيده أنهم قد شبهوا ذلك بما اذا تزوجت عنينا عن غيرها على رجاء أن لا يكون عنيناً عنها فاذا تحققت عنته عنها أيضاً ثبت لها الخيار ولا شك أنه لو لم يعن عنها لم يثبت لها خيار لكن الخلاف

وانما لم يتعرض الشافعي رضى الله عنه للفسخ والاجازة لأن الغالب أنه يجيز اذا رأى الربح فعلى هذا اذا رده يرتد سواء اشترى فى الذمة أو بعين المغصوب (وقال) الأكثرون انه مجزوم به ومبنى على المصلحة وكيف يستقيم توقيف شراء الغاصب لنفسه على اجازة غيره وانما يجرى قول الوقف اذا تصرف فى عين مال الغير أو له (الثانية) إذا كان فى المال ربح وكثرت التصرفات وعسر تتبعها فهو موضع القول القديم أما إذا قلت وسهل التتبع ولا ربح فلا مجال له قال الامام وحكى وجهين فيما إذا سهل التتبع وهناك ربح أو عسر ولا ربح (الثالثة) لو اشترى فى ذمته ولم يخطر له أن يؤدى الثمن من الدراهم المغصوبة ثم سنح له ذلك (قال) الامام ينبغى أن لايجيء فيه القول القديم ان صدقه صاحب الدراهم (واعلم) أن المسألة قد تلقب بمسألة البضاعة وقد ذكرناها والاختلاف فيها على

فى مسألة المصراة مطلق لأن مأخذ اثبات الخيار أنه خيار شرع ثابت بالحديث وذلك لا يختلف نعم يمكن أن يقال ان جعلنا الخيار خيار شرع فيثبت فى حالة العلم بالتصرية سواء دام اللبن أو لم يدم وان جعلناه خيار عيب فيأتي فيه الخلاف كما أشعر به كلام أبى حامد وللمأخذ الذى ذكره من الالحاق بمسألة العنين (وفى) الابانة والوسيط الجزم بأنه ان كان بعد مضى الثلاث فالخيار على الفور وان كان قبله فوجهان وهذه العبارة قد يؤخذ منها أنه علي أحد الوجهين يمتد الخيار الى ثلاثة أيام وأنه ان اطلع بعد الثلاث كان على الفور وهو الذى تقدم اختيارى له لكنى لا أعلم من قال بذلك من الأصحاب وما اقتضاه كلام الفورانى المذكور يقوى التمسك به فى ذلك لأنه لم ينقل عن شخص معين أنه قال بمجموع ذلك وانما اقتصرت علي قول الفورانى بعد الثلاث وعلى الوجهين قبله وكان الأولى فى الترتيب في الصنف خلافه الا أن يكون عنده وجه بذلك فيكون موافقا لما اخترته ويمكن أن يقال لا حاجة الى نقله عن غيره بل كلام الفورانى وحده يكون فى أثبات طريقه فى المذهب فى الجزم بالفور بعد الثلاث والتردد قبلها ومن ذلك يخرج القول المختار ففيه وجهان (أحدهما) له الخيار للتدليس (والثانى) لا لعدم الضرر *

﴿ فرع ﴾ إذا قلنا بأن الخيار يمتد إلى ثلاثة أيام فهل ابتداؤها من حين العقد أو من التفرق فيه الوجهان في خيار الشرط هكذا قال الرافعى رحمه الله تبعاً للشيخ أبي محمد وصاحب التتمة (والأصح) من الوجهين في خيار الشرط أن ابتداءه من العقد (وقد) قال الجوزى هنا أن الأصح أن أول وقت الثلاث من التفرق قال لأن الفرقة تبيح له التبسط بالحلب وغير ذلك وقبل التفرق ممنوع من التصرف وخيار المجلس لهما جميعاً وإذا تفرقا بطل خيار البائع وحصل للمشترى خيار الثلاث (وفى) المجرد من تعليق أبي حامد أن ابتداء الثلاث علي مذهب المروزى التفرق (وعلى) مذهب ابن أبي هريرة على وجهين *

الاختصار مرة فى البيع وأخرى فى الغصب اذا تقرر ذلك (فعلى) الجديد ينظر ان اشترى بعين مال القراض فهو باطل وان اشترى فى الذمة (فأحد) الوجهين ان كل الربح للعامل الثانى لأنه المتصرف كالغاصب فى صورة الغصب (وأصحهما) و به أجاب المزنى أن كله للأول لأن الثانى تصرف للأول باذنه فكان كالوكيل من جهته وعليه للثانى أجرة عمله ويحكى هذا عن أبى حنيفة (وان قلنا) بالقديم ففيما يستحقه المالك من الربح وجهان (أحدهما) ولم أره الا فى كتاب أبى الفرج السرخسى أن كله للمالك كما فى الغصب طرداً لقياس هذا القول وعلى هذا فللعامل الثانى أجرة مثله وعلى من تجب ؟ فيه وجهان (أحدهما) أنها على العامل الأول لانه استعمله وغيره (والثانى) علي المالك لان

﴿ فرع ﴾ لو اشترط خيار الثلاث للبائع فى المصراة قال الجوزى لم يجز لأن الخيار يمنع المشترى من الحلب وسائر التصرف وترك الحلب والتصرف فى الشاة يؤدى إلى الاضرار بالشاة هكذا قاله الجوزى ووقفت عليه فى كتابه ونقله ابن الرفعة عنه وسكت عنه ولك أن تقول لم لا يكون الحلب وجواز التصرف لمن الملك له فان حكم بأن الملك للبائع فله الحلب وإلا فللمشترى ولا يحصل بذلك إضرار بالشاة نعم ذلك يؤدى إلى محظور على قولنا أن الملك للبائع فى زمن الخيار لأن اللبن الحادث يكون له تبعاً للملك وان تم العقد على الأصح فاللبن الموجود عند العقد للمشترى لدخوله فى العقد واختلاطهما معلوم فلو شرط الخيار للبائع وحكم بأن الملك له فى اللبن الحادث لزم هذا المحذور فيؤدى إلى بطلان البيع بخلاف خيار المجلس فان مدته قصيرة غالباً وأيضاً فالقول بأن الملك للبائع فى خيار المجلس ضعيف بخلاف خيار الشرط إذا كان للبائع وحده (وقد) يقال أن ما علل به الجوزى صحيح وأن التصرف فى المبيع أو فى جزئه وان حكمنا بأن الملك للبائع ممتنع وان كان إذا تصرف يصح كما ذكر الأصحاب فى بعض التصرفات (وأما) الحل فلم يذكروه فان ثبت تحريم على التصرف لزم ما قاله الجوزى لأن التصرف بالحلب تصرف فى المبيع واذا منعنا من ذلك أدى إلى الاضرار بالشاة كما قال والله أعلم *

﴿ فرع ﴾ لو اشترط للمشترى وحده قال ابن الرفعة فيشبه أن يكون ابتداء الثلاث فى التصرف من انقضاء خيار الشرط للمشترى إذا قلنا عند فقده أنه من انقضاء خيار المجلس حذراً من اجتماع متجانسين كالأجل ذلك قلنا أن ابتداء خيار الشرط من حين التفرق (قلت) وهذا بعيد لأن التصرية تتبين في الثلاثة الأولى فاثبات ثلاثة أخرى لا وجه له والأولى أن نقول على هذا القول أنه لا حاجة إلى شرط الخيار للمشترى لأنه ثابت بالشرع فكان كما لو شرط خيار المجلس فان

نفع عمله عاد اليه (وأصحهما) وبه أجاب المزنى أن له نصف الربح لانه رضى به بخلاف صورة الغصب فانه لم يوجد منه رضى به فصرفنا الكل اليه قطعاً لطمع الغصاب والخائنين وعلي هذا في النصف الثانى وجوه (أحدها) وهو اختيار ابن الصباغ ان كله للعامل الاول لان المالك انما شرط له وعقده مع الثانى فاسد فلا يتبع شرطه وعلى هذا فللثانى أجرة مثل عمله على الأول لأنه غره (والثانى) أن كله للثانى لأنه العامل أما الأول فليس له عمل ولا مال فلا يصرف اليه شيء من الربح (وأصحها) وهو المذكور فى الكتاب أنه يكون بين العاملين بالسوية وبه أجاب المزنى ووجهه أن تتبع التصرفات عسير والمصلحة اتباع الشرط إلا أنه تعذر الوفاء به فى النصف الذى أخذه المالك فكأنه تلف وانحصر الربح فى الباقي وعلى هذا فهل يرجع العامل الثانى بنصف أجرة المثل فيه وجهان

ذلك لغو لافائدة فيه والله أعلم (فان صح) ذلك فتكون هذه المسألة من المسائل التى يثبت فيها خيار المجلس ولا يثبت فيها خيار الشرط للبائع وحده ولا للمشترى وحده (وأما) شرطه لهما فيحتمل أن يمتنع أيضاً أخذاً مما قاله الجوزى ومما قلته ويحتمل أن يجوز ولا يمتنع التصرف بالحلب لأن الأصل استمرار العقد ومنه ثبتنا فى الصورة التي ذكرها الجوزى نظر فى أنه إذا كان الخيار للمشترى بالشرع لأجل التصرية فلو صححنا اشتراط الخيار مع ذلك للبائع هل يكون ثبوت الخيار لهما بهذين الشيئين كثبوته بالشرط حتى لا يحكم بالملك حينئذ أولا لاختلاف سببهما وهو الظاهر والله أعلم *

﴿ فرع ﴾ إذا اشتراها وهى مصراة ولم يعلم بها حتي ثبت لبنها علي الحد الذى أشعرت به التصرية وصار ذلك عادة بتغير المرعى ففيه وجهان (أحدهما) له الخيار لتدليس (والثانى) لا لعدم الضرر (قال) القاضى أبو الطيب والأول أصح (قلت) وهذا على رأيه فى أنه خيار عيب وشبهوا هذين الوجهين بالوجهين فيما إذا لم يعرف العيب القديم إلا بعد زواله وبالقولين فيما إذا عتقت الأمة تحت عبد ولم يعلم عتقها حتى عتق الزوج وفى تعليق سليم عن أبى حامد قال الشيخ أما القولان فعلى ما قال وكذلك مسألة العيب (فأما) هذه المسأله فلا أعرف لاثبات الخيار وجهاً لأن نقصان اللبن ليس بعيب فى الأصل وانما كانت تثبت الخيار الجمع وقد استدامله ذلك (قلت) وليس الأمر كذلك بل له وجه ظاهر لأن هذه الأمور العارضة علي خلاف الجبلة لا يوثق بدوامها بخلاف اللبن المعتاد من أصل الخلقة ومن المعلوم أن الكلام فى هذا الفرع إذا جعلنا له الرد من باب العيب (أما) من يجعل الخيار بالشرع و يبين ذلك فى الثلاثة فله الرد بلا إشكال وبنى الجرجانى الوجهين على أن الخيار هل هو خيار خلف أو خيار عيب فان جعلناه خيار خلف فلا يثبت ههنا لانه لم يخلف وان جعلناه خيار عيب فيتبنى على أن من اشترى سلعة وبها عيب فلم يعرف الا بعد زواله هل يثبت له الخيار *

(أحدهما) نعم لأنه كان قد طمع فى نصف الربح بتمامه ولم يسلم له إلا نصف النصف (وأشبههما) وبه قال المزنى وأبو اسحق لا لأن الشرط محمول على مايحصل لهما من الربح والذى حصل هو الربح والوجهان فيما إذا كان العامل الأول قد قال على أن ربح هذا المال بيننا أو على أن لك نصفه (أما) إذا كانت الصيغة على أن مارزقنا الله تعالى من الربح فبيننا (قطع) الأكثرون بأنه لايرجع لأن النصف هو الذى رزقاه (وعن) الشيخ أبى محمد اجراء الوجهين لأن المفهوم تشطر جميع الربح ولا يخفى أن جميع ماذكرناه إذا جرى القراضان على المناصفة فان كانا أو أحدهما على نسبة أخرى فعلى ماتشارطا وهذا كله فيما إذا تصرف الثاني وربح (أما) إذا هلك المال فى يده فان كان عالماً بالحال فهو

* قال المصنف رحمه الله تعالى *

{ فان اختار رد المصراة رد بدل اللبن الذى أخذه واختلفت الرواية فيه فروي أبو هريرة «صاعاً من تمر» وروى ابن عمر «مثل أو مثلى لبنها قمحا» واختلف أصحابنا فيه (فقال) أبو العباس ابن سريج يرد فى كل بلد من غالب قوته وحمل حديث أبي هريرة على من قوت بلده التمر وحديث ابن عمر علي من قوت بلده القمح كما قال فى زكاة الفطر «صاعاً من تمر أو صاعا من شعير» وأراد التمر لمن قوته التمر والشعير لمن قوته الشعير (وقال) أبو اسحق الواجب صاع من التمر لحديث ابى هريرة وتأول حديث ابن عمر عليه اذا كان مثل لبنها من القمح أكثر قيمة من صاع من التمر فتطوع به } *

{ الشرح } رواية أبي هريرة وابن عمر تقدم بيانهما وان الرواية إلى ابن عمر غير قوية (أما) الأحكام فالمشترى للمصراة إما أن يختار امساكها وأما أن يختار ردها وإذا اختار الرد فأما قبل الحلب وأما بعده وإذا كان بعده فأما مع بقاء اللبن وأما بعد تلفه فهذه أربعة أحوال سكت المصنف عن الحالتين الأولتين لسهولة الأمر فيهما وذكر الحالتين الاخرتين احداها فى هذه القطعة من الفصل والأخرى فى القطعة التى ستأتى فى كلامه إن شاء الله تعالى فلنذكر الأحوال الثلاث ونقدم الصورة التي فرضها المصنف وهي ما إذا أراد ردها (وصورة) المسئلة إذا كان ذلك بعد الحلب وكان اللبن تالفاً فقد اتفق الأصحاب على جواز ردها ورد بدل اللبن ولا يخرج ردها على الخلاف فى تفريق الصفقة لتلف بعض المبيع وهو اللبن اتباعاً للأخبار الواردة فى الباب على أن اللبن علي رأى لايقابله قسط من الثمن وسيأتى فى الحالة الثالثة تحقيق النقل فى هذا الرأى ولا أعلم أحداً حكى خلافا فى جواز الرد إلا ابن أبي الدم فانه قال فيه وجه حكاه الامام أنه إذا حلب اللبن فتلف امتنع عليه رد الشاة قياساً على رد العبد القائم بعد تلف الآخر ولا وجه لهذا الوجه مع الحديث (قلت) وهذا الوجه لم أقف

غاصب أيضاً وإن كان يظن العامل مالكاً فترتب يده على يد الأول كترتب يد المودع على يد الغاصب لأنه يد أمانة (وفى) طريق هو كالمتهب من الغاصب لعود النفع اليه وقد بينا الحكم فيهما ضمانا وقراراً من قبل (وقوله) فى الكتاب وكثرت التصرفات والربح يشعر باعتبار الأمرين لمجيء الخلاف وفيه من التردد ماذكرناه ثم ليس المراد وكثر الربح بل المعنى وحصل الربح وما أشبهه لأن الكثرة فى الربح غير معتبرة بالاتفاق (قوله) والعامل الأول هو الغاصب أى هو الحائز الذي يقع التصرف فى المال له كما يقع فى الغصب للغاصب (وقوله) وقيل كله للعامل الثاني فانه الغاصب ليس محمولاً على ماذكرناه فى حق الأول لكن المعني به أنه الشبيه بالغاصب من حيث أنه المتصرف

عليه في النهاية ولعله اشتبه بالوجه الذي سنذكره في الحالة الثالثة إذا ردها بعيب غير التصرية قال ذلك الوجه في النهاية أما ههنا فلا ثم اختلفوا في المضموم إلى المصراة في الرد في جنسه وقدره لأجل اختلاف الأحاديث الواردة (أما) الجنس وهو الذي ذكره المصنف فقد حكى المصنف فيه وجهين والأول منهما نسبه الشيخ أبو حامد فيما علق سليم عنه والقاضي أبو الطيب إلى ابن سريج كما نسبه المصنف رحمه الله وأن الواجب عنده في كل بلد غالب قوتها ونسبه الماوردي إلى أبي سعيد الاصطخري ونسبه الروياني اليهما وقال في الحلية انه القياس ونسبه المحاملي والشيخ أبو حامد في تعليق البندنيجي عنه إلى ابن أبي هريرة وهو غريب ونسبه الجوزي لما تكلم في مسئلة الجارية إلى ابن سلمة قال فكان ابن سريج وابن سلمة يردانها مع صاع من أقرب قوت البلد فان صحت هذه النقول فلعلهم الأربعة قائلون بهذا الوجه وظاهر كلام هؤلاء الناقلين أنه لايجوز على هذا الوجه التمر إذا لم يكن غالباً أو يكون حكمه كما لو عدل اليه عن القوت الواجب في زكاة الفطر وفيه خلاف والجوزي جعل محل الخلاف فيما إذا علم الثمن فحكى فيه قولين (أحدهما) يعتبر غالب قوت البلد (والثاني) لايجوز إلا التمر وصاحب التتمة قال انه لايختلف المذهب انه لو رد التمر جاز وأنه لو رد بدله شيئاً آخر كالحنطة أوالشعير فيه وجهان (أحدهما) عليه رد الثمن ولا يجب على البائع قبول غيره (والثاني) يجوز أن يرد بدله صاعاً من قوته وكلا هذين للصنفين يخالف ظاهر اطلاق الاولين وكلام الرافعي يوافق كلام صاحب التتمة فانه صور كلامه بأنه يرد التمر ثم حكي الخلاف في تعينه وقيام غيره مقامه والمراد بعدم الجواز هنا أنه لايجبر البائع على قبوله أما عند التراضي فسيأتي حكمه إن شاء الله تعالى فاذا جمعت ماقاله الجوزي وصاحب التتمة مع ما اقتضاه كلام الأكثرين حصل لك في رد الغالب من قوت البلد ثلاثة أوجه (أحدها) أنه واجب (والثاني) أنه جائز وهو مقتضى كلام الرافعي وصاحب التهذيب (والثالث) التفرقة بين أن يكون التمر موجوداً فيمتنع

في المال بيعاً وشراء وأخذا واعطاء (وقوله) وللمالك نصف الربح (وقوله) بين العاملين معلم - بالواو - لما عرفته *

قال ﴿ الحكم الثالث * ليس للعامل أن يسافر (ح م و) بمال القراض إلا بالاذن فانه خطر فان فعل نفذت تصرفاته واستحق الربح ولكنه ضامن بعدوانه * وإذا سافر بالأذن فأجرة النقل على مال القراض كما أن نفقة الوزن والكيل والحمل الثقيل في الحضر أيضاً على مال القراض * وليس على العامل إلا التجارة والنشر والطي ونقل الشيء الخفيف * فان تعاطى شيئاً مما ليس عليه فلا أجرة له * وإن استأجر علي ماعليه فعليه الأجرة * ونفقته على نفسه (م) في الحضر * ونص في السفر

أو معدوماً فيجوز ويكون حينئذ هو الواجب ويحتمل أن تكون هذه ثلاثة أوجه محققة من قائلين مختلفين ويحتمل أن يكون اختلافاً في تحقيق قول واحد (اما) عن بعض الاصحاب كابن سريج أو عن الشافعي كما اقتضاه اطلاق الجوزي قولين وبالجملة فلك أن تعتمد على ذلك في حكاية الخلاف على هذه المقالات الثلاث وكلها ضعيفة والصحيح خلافها كما سيأتي إن شاء الله تعالى وقد نقل الأئمة عن ابن سريج أنه جعل اختلاف الأحاديث على ذلك وأن النبي ﷺ اختلف لفظه لذلك فقال «صاعاً من تمر» بالمدينة لأن غالب قوتها التمر وكانت الحنطة بها عزيزة وقال «صاعا من طعام لاسمراء» حيث يكون الغالب من القوت الشعير او الذرة او الأرز وقال «مثل لبنها قمحا» وأراد به الصاع لأن الغالب أنه مثل اللبن الذي في الضرع وقصد به اللبن الذي يكون ذلك غالب قوته ووراء هذه الأوجه الثلاث غير القول بتعين التمر الذي ذكره المصنف رحمه الله وجه رابع أنه يرد صاعا من أي الأقوات للزكاة شاء من تمر أو بر أو شعير أو زبيب ويكون ذلك على التخيير نقله الماوردي عن ابن أبي هريرة وقد تقدم نقل المحاملي عنه للوجه الأول والله أعلم (قال) الماوردي بعد حكاية هذا القول (وقوله) «مثلي لبنها قمحا» لأنه في الغالب يكون صاعا لأن الغالب في الغنم أن تكون الحلبة نصف صاع يعني ويكون تردد الرواية في ذلك محمولا على التنويع مثل لبنها إن كان كثيراً قدر لبنها ان كان كثيراً قدر صاع أو مثلي لبنها ان كان قليلا وهو الغالب على الشياه في بلادهم وممن ذهب إلى هذا الوجه أبو بكر احمد بن ابراهيم بن اسماعيل الاسماعيلي فانه قال في كتابه المستخرج على صحيح البخاري وفي قوله «صاع من تمر لا سمراء» دليل على أن المعنى هو المقصود لا الاقتصار على اللفظ لان التمر اسم لنوع معروف (وقوله) سمراء لو كان نوع التمر هو المقصود لم يكن لقوله لا سمراء معنى فثبت أن المعنى التمر وما قام مقامه لا يكلف سمراء (قلت) ولا يلزم ذلك وليست (لا) متعينة في الاخراج وانما هي هنا عاطفة مثلها في قولك جاءني رجل لاامرأة والمعنى في ذلك نفي توهم أن تكون السمراء

أن له نفقته بالمعروف * فمنهم من نزله على نفقة النقل * ومنهم من قال فيه قولان * ووجه الفرق بين الحضر والسفر أنه متجرد في السفر للشغل * فعلى هذا لو استصحب مع ذلك مال نفسه وزع النفقة عليهما * ثم قد قيل القولان في القدر الذي يزيد في النفقة بسبب السفر * وقيل انه في الأصل ﴾*

كلام الفصل على النفقات بعضه بالبعض يشتمل على ثلاث مقاصد (أحدها) أنه ليس للعامل أن يسافر بمال القراض بغير إذن المالك وعن أبي حنيفة ومالك أن له ذلك عند أمن الطريق وفي تعليق الشيخ أبي حامد نقل قول مثله عن البويطي (لنا) أن فيه خطراً وتعريضاً للهلاك فلا ينبغي

مجزئة فهذه الأوجه الأربعة مشتركة فى أن التمر غير متعين بل يقوم مقامه غيره وهؤلاء الذين قالوا بأن غيره يقوم مقامه قصروا ذلك على الأقوات كما فى صدقة الفطر وانما الخلاف ههنا فى التخيير أو فى اعتبار الغالب من قوت البلد وهو الصحيح على القول بعدم التمر قال الامام لكن لا نتعدى هنا الى الأقط بخلاف مافى صدقة الفطر للخبر وهذا الذى قاله الامام يوافقه ما تقدم عن الماوردى فى نقل قول التخيير (وقوله) إن ذلك فى الأقوات المزكاة وان كان قد أطلق النقل فى قول الاصطخرى وو راء هذه الأوجه الأربعة على القول بأن التمر لا يتعين وجه خامس عن حكاية الشيخ أبى محمد واختلف فى التعبير عنه (فقال) ولده إمام الحرمين وهو أعرف بمراده ذكر شيخى مسلكا غريباً زائداً على ما ذكره الأصحاب فى طرقهم فقال من أصحابنا من قال يجرى فى اللبن على قياس المضمونات فان بقى عينه ولم يتغير رده وليس عليه رد غيره وان تغير رد مثله فان اللبن من ذوات الامثال فان أعوز المثل فالرجوع إلى القيمة وقد أومأ اليه صاحب التقريب ولم يصرح وهذا عندى غلط صريح وترك لمذهب الشافعى رحمه الله بل هو حيد عن مأخذ مذهبه ويبطل عليه مذهب الشافعى فى مسئلة المصراة ولم يبق إلا الخيار فان اعتمد نافيه الخبر لم يبعد من الخصم حمله على شرط الغزارة مع تأكيد الشرط بالتحفيل فهو إذا هفوة غير معدودة من المذهب لاعود اليها هذا ما ذكره الامام فى ذلك وهو أعرف بمراد والده والأمر فى تضعيفه كما ذكره فان ذلك مجانب للحديث والمذهب ويقتضى أن التمر ليس الواجب أصلا وأنه عند تلف اللبن الواجب رد مثله والرافعى رحمه الله صدر كلامه بأنه يرد التمر ثم جعل ما حكاه الشيخ أبو محمد رحمه الله على أنه يقوم مقام التمر غيره حتى لو عدل إلى مثل اللبن أو إلى قيمته عند أعواز المثل أجبر البائع على القبول اعتباراً بسائر المتلفات وفى هذا تأويل لكلام الشيخ أبي محمد رحمه الله وان ايراده يرده إن شاء وليس عليه رده حتما وذلك موافق لما سيأتى فى الكتاب فى هذا الفصل ان البائع يجبر على وجه على قبول اللبن إذا كان باقياً ومال ابن الرفعة إلى هذا التأويل وقال ان كلام الشيخ أبى محمد رحمه الله

أن يستقل به فلو خالف ضمن المال ثم ينظر إن كان المتاع بالبلد التي سافر اليها أكثر قيمة أو تساوت القيمتان صح البيع واستحق الربح لمكان الأذن وإن كان أقل قيمة لم يصح البيع بتلك القيمة إلا أن يكون النقصان بقدر ما يتغابن به وإذا صححنا البيع فالثمن الذى يأخذه يكون مضموناً عليه أيضاً بخلاف ما إذا تعدى الوكيل بالبيع فى المال ثم باعه وقبض الثمن لايكون مضموناً عليه لأن العدوان لم يوجد فى الثمن وههنا سبب العدوان السفر ومزايلة مكان المال وأنه شامل ولا تعود الأمانة بالعود من السفر وإذا سافر بالاذن فلا عدوان ولا ضمان (قال) فى التتمة وبيع المال فى البلد المنقول اليه بمثل ما كان يبيعه فى المنقول عنه وبأكثر منه وأما بما دونه فان ظهر فيه غرض بان

فى السلسلة ينطبق عليه لكن هذا التأويل يأباه ظاهر حكاية الامام عنه (وقوله) انه يجرى فى اللبن على قياس المضمونات وأيضاً فان الوجه الذى سيأتى فى كلام المصنف رحمه الله إنما هو فى حالة بقاء اللبن والامام وان كان كلامه عن الشيخ أبى محمد فى حالة بقاء اللبن أيضاً لكن قوله انه على قياس المضمونات نعم وأيضاً كلام الرافعي فى ذلك إنما هو فى حالة التلف فان حمل على هذا التأويل على بعده وأن الواجب الأصلى هو التمر وله أن يعدل عنه إلى مثله فعلى بعده ليس على قياس المضمونات كما قتضاه كلام الامام عنه وهو وجه آخر غير ما ذكره الاصحاب فى الحالتين أعنى حالة تلف اللبن وحالة بقائه خلافا لما قاله ابن الرفعة أن ذلك ليس خارجاً عن كلام الاصحاب وان كان المراد ظاهر ما نقله الامام ففى ذلك مخالفة لما نقله الرافعى وهو فى غاية المصادمة للحديث والمذهب قال ابن الرفعة لكن له وجه فان اللبن الكائن فى الضرع قبل الحلب يسير لايتمول فصار تابعاً لما فى الضرع كما إذا اختلط بالثمرة المبيعة ونحوها شيء من مال البائع لا قيمة له فانه لا يمنع وجوب التسليم عليه للمشترى ولهذا حكى الماوردى طريقة قاطعة بأنه إذا اشترى رطبة فلم يأخذها حتي طالت أن الزيادة تكون للمشترى لكبر الثمرة وقد حكى الامام مثل ذلك عن شيخه فيما إذا باع صاعاً من اللبن الذى فى الضرع وقد رأى منه أنموذجاً فقال وكأن شيخى سابق فى التصوير ويقول إذا ابتدر حلبه واللبن على كمال الدرة لم يظهر اختلاط شيء به له قدر به سألاه وان فرض شيء على ندور لمثله محتمل كما إذا باع جزة من قرط قال ابن الرفعة والخبر على هذا محمول على ما اقتضاه ظاهره فانه يقتضى أن الرد بعد ثلاث واللبن اذ ذاك يكون تالفاً فى الغالب نعم المشكل قوله عند تعيين اللبن يعنى بالحموضة بوجوب رد مثله والخبر إذا أخرج مخرج الغالب يوجب رد غيره فالغرابة فى هذا لكنه قياس إيجاب رد اللبن عند عدم التغير نظراً إلى جعل زيادة اللبن بالحلب تابعة وإذا وجب رد المثل فتعذر كان الواجب قيمته (قلت) وهذا التكليف على طوله ليس فيه محافظة على ظاهر ما نقل عن

كانت مؤنة الرد أكثر من قدر النقصان أو أمكن صرف الثمن إلى متاع يتوقع فيه الربح فله البيع أيضاً وإلا لم يجز لأنه محض تخسير (الثانى) على العامل أن يتولى ماجرت العادة به من نشر الثياب وطيها وذرعها وادراجها فى السفط وإخراجها ووزن مايخف كالذهب والمسك والعود وقبض الثمن وحمله وحفظ المتاع على باب الحانوت وفى السفر بالنوم عليه ونحوه وليس عليه وزن الأمتعة الثقيلة وحملها ونقل المتاع من الخان إلى الحانوت والنداء عليه وما يجب عليه أن يتولاه لواستأجر عليه لزمه الأجرة فى ماله ومالا يجب عليه أن يتولاه له أن يستأجر عليه من مال القراض لأنه من تتمة التجارة ومصالحها فان تولاه بنفسه لم يكن له أخذ الأجرة بل هو متبرع ومريد كسباً بالاسترباح (الثالث)

الشيخ أبي محمد من الجرى على قياس المضمونات فان ما ذكره ابن الرفعة مقتصر على حالة بقاء اللبن وحمل الحديث على الغالب ثم ذلك غير متجه من وجهين (أحدهما) أن مقتضى ذلك أن لا يجوز الرد قبل ثلاث وهو لا يقول بذلك على ما هو المشهور من المذهب (والثاني) أن غاية ذلك أبداء وجه من القياس لرد اللبن ونحن لا ننكر أن القياس قد يقتضي ذلك ولكن المتبع في ذلك الحديث وهو عمدة المذهب في ذلك فالعدول عنه خروج عن المذهب وكلام الشيخ أبي محمد في السلسلة مقتصر بظاهره على حالة التلف فانه قال في حكاية الوجه للمشتري جبر البائع على قبول المثل إن كان المثل موجوداً وإلا عدل إلى الدراهم كسائر المتلفات والله أعلم * فهذه الخمسة الأوجه على ما اقتضاه كلام الرافعي يجمعها القول بأن التمر لا يتعين وعلى ما يشعر به ظاهر كلام الامام الأربعة الأولى مشتركة في ذلك وهذا الخامس لا يشاركها بل يتعين عليه رد اللبن أو مثله أو قيمته على الأحوال التي ذكرها ويقابل ذلك كله الوجه الثاني الذي ذكره المصنف عن أبي اسحق المروزي اتباعاً لحديث أبي هريرة رضي الله عنه ومن صحح هذا الوجه الشيخ أبو محمد في السلسلة والرافعي والنووي وممن نسبه إلى أبي اسحق كما نسبه المصنف رحمه الله الشيخ أبو حامد والقاضي أبو الطيب والماوردي وابن الصباغ وغيرهم واختلف القائلون لهذا الوجه فقال الماوردي على هذا لا يجوز العدول الى غير التمر ولو أعوز التمر أعطى قيمته وفي قيمته وجهان (أحدهما) قيمته في أقرب بلاد التمر اليه (والثاني) قيمته بالمدينة وقال القاضي أبو الطيب والبغوي عن أبي اسحاق انه ان عدل الي ما هو أعلى منه جاز وان عدل الى ما هو دونه لا يجوز الا برضى البائع هكذا قال البغوي وفيه التنبيه على أنه اذا عدل

القول في المؤنات ولا يجوز للعامل أن ينفق في الحضر من مال القراض على نفسه أو يواسي منه بشيء وعن مالك رضي الله عنه أن له أن ينفق منه على العادة كالغذاء ودفع الكسرة إلى السقاء وأجرة الاكيال والوزان والحمال في مال القراض وكذا أجرة النقل إذا سافر بالاذن وأجرة الحارس والرصدي ونص في المختصر أن له النفقة بالمعروف وقال في البويطي لا نفقة له وللأصحاب طريقان (أصحهما) أنهما قولان (أظهرهما) أنه لا نفقة كما في الحضر وهذا لأنه ربما لا يحصل إلا ذلك القدر فيختل مقصود العقد (والثاني) تجب وبه قال مالك بخلاف ما إذا كان في الحضر لأنه في السفر سلم نفسه وجردها لهذا الشغل فأشبه الزوجة تستحق النفقة إذا سلمت نفسها ولا تستحق إذ لم تسلم (والثاني) القطع بالمنع وحمل ما نقله المزني على أجرة النقل ومنهم من قطع بالوجوب وحمل ما في البويطي على المؤن النادرة كأجرة الحجام والطبيب وإذ أثبتنا القولين فهما في كل ما يحتاج اليه من الطعام والكسوة والادام تشبيهاً بما إذا سلمت الزوجة نفسها أو فيما يزيد بسبب السفر كالخف والاداوة وما

الى الأعلى جاز من غير رضى البائع وكلام البغوى يقتضى أن الحنطة أعلى من التمر وكلام أبي الطيب مصرح بأنها قد تكون أعلي وقد تكون أدون وكأنه راعى فى ذلك القيمة وكأن البغوى راعى فى ذلك الاقتيات فحصل من هذين النقلين عن أبي اسحق وجهان والعجب أن الرافعى رحمه الله عمد به التهذيب ولم يحك عن أبى اسحق ماحكاه البغوى فيه وانما حكى عن أبى اسحق ماحكيناه عن نقل الماوردى ولم يحك عن الماوردى أيضاً عند الاعواز الا اعتبار قيمة المدينة وكلام المصنف منطبق علي ماحكاه القاضى أبو الطيب والبغوى فقد اجتمع فى جنس المردود مع المصراة سبعة أوجه ولك فى ترتيبها طريقان (أحدها) أن تقول فى الواجب ثلاثة أوجه (أحدها) على قياس المضمونات علي ظاهر ماحكاه الامام (والثانى) التمر (والثالث) جنس الأقوات (فان قلنا) بالتمر فهل نعدل الى أعلى منه أو الى غالب قوت البلد او يفرق بين ان يكون التمر موجوداً فيتعين أو معدوماً فيعدل إلى الغالب أربعة أوجه (وان قلنا) بالأقوات فهل يتعين الغالب أو يتخير وجهان (والطريقة الثانية) أن تقول الواجب التمر وهل يتعين وجهان (فان قلنا) يتعين فهل يعدل الى أعلى منه وجهان (وان قلنا) لا يتعين فهل يقوم مقامه الأقوات أو الأقوات وغيرها وجهان (الثانى) قول الشيخ أبى محمد (وان قلنا) الأقوات وحدها فهل يتخير أو يتعين الغالب وجهان وهذه الطريقة مقتضى ترتيب الرافعى وليس فى كلام الرافعى رحمه الله لا أربعة أوجه ولم يحك وجه العدول الى الأعلي ولا التفرقة بين أن يكون التمر موجوداً أو معدوماً ولا وجه الجرى على قياس المضمونات على ظاهر ما حكاه الامام وليس لك أن تأخذ من هذا الكلام اثبات وجه ثامن جمعا بين ما اقتضاه كلام الامام وكلام الرافعى في النقل عن الشيخ أبى محمد لأن ذلك اختلاف فى فهم كلام رجل واحد من الأصحاب وانما يصح

أشبهما لأنه لو كان فى الحضر لم يستحق شيئاً فيه وجهان (أصحهما) الثانى وبه قال مالك فيما رواه ابن الصباغ وأبو سعيد المتولى ثم تفرع على هذا القول بالوجوب فروع (منها) لو استصحب مال نفسه مع مال القراض وزعت النفقة على قدر المالين (قال) الامام ويجوز أن ينظر إلى مقدار العمل علي المالين ويوزع على أجرة مثلهما (وفى) أمالى أبى الفرج السرخسى أنها إنما توزع إذا كان ماله قدراً يقصد السفر له وإن كان لايقصد فهو كما لو لم يكن معه غير مال القراض (ومنها) لو رجع العامل وبقى منه فضل زاد أو آلات اعدها للسفر كالمطهرة ونحوها هل عليه ردها إلى مال القراض فيه وجهان عن الشيخ أبى محمد (وأظهرهما) نعم (ومنها) لو استرد المالك المال منه من الطريق أو فى البلد التى سافر اليها لم يستحق نفقة الرجوع على أظهر الوجهين كما لو خالع زوجته فى السفر (ومنها) يشترط عليه أن لايسرف بل يأخذ بالمعروف وما يأخذ يحسب من الربح فان لم يكن ربح فهو خسران لحق المال (ومنها) أقام فى طريقه فوق مدة المسافرين فى بلد لم يأخذ لتلك المدة (ومنها) لو شرط نفقة السفر فى ابتداء

اثبات وجهين لو ثبتا جميعاً عنه أو قائلين وليس الأمر ههنا على هذه الصورة (فان قلت) ما ذكرت أن الرافعي سكت عنه مما حكاه صاحب التهذيب عن أبي اسحق قد شمله قول الرافعي رحمه الله أن الاعتبار بغالب قوت البلد يعني في القيام مقام التمر فهذا هو العدول من التمر إلى أعلى منه (قلت) ليس كذلك لأنه ليس غالب قوت البلد أعلى من التمر على الاطلاق لا في الاقتيات ولا في القيمة فقد يكون بلد غلب قوتها قوت هو أدنى من التمر قوتاً وقيمة وقد نقل الأصحاب عن أبي إسحق أنه جعل ترتيب الأخبار على القول المنقول عنه كما أشار المصنف رحمه الله اليه فصرح بالتمر في حديث وفي آخر قال «من طعام» وأراد التمر وفي آخر قال «قمحاً» وذلك إذا كان القمح أعز ورضي بذلك وحيث قال «مثل» أو «مثلي لبنها» أراد إذا كان قدر ذلك صاعاً وهذا الترتيب يوافق ما حكاه عنه المصنف والقاضي أبو الطيب والبغوي وهو مقتضى كلام الشيخ أبي حامد عنه (وأما) ما حكاه الماوردي والرافعي فلا يوافق ذلك لانه لا يجوز إخراج غير التمر أصلا (فان قلت) ما الصحيح من هذه الأوجه (قلت) الصحيح أن الواجب هو التمر لأن الأحاديث الصحيحة مصرحة بالتمر والتي فيها الطعام مطلقاً محمولة عليه لأن المطلق محمول على المقيد (وأما) حديث ابن عمر الذي فيه القمح فقد تقدم التنبيه على ضعف طريقه ولا حاجة الى ما تأوله ابن سريج وأبو اسحق عليه فيكون الصحيح أن الواجب هو التمر لاشبهة فيه لكن هل يتعين ولا يجوز غيره كما نقله الماوردي عن أبي اسحق أو يقوم مقامه ما هو أعلى منه كما نقله الباقون هذا محل النظر وقد قال الرافعي ان الأصح عند الشيخ

القراض فهو زيادة تأكيد إذا قلنا بالوجوب (أما) إذا لم نقل به فأظهر الوجهين أنه يفسد العقد كما لو شرط نفقة الحضر (والثاني) لايفسد لأنه من مصالح العقد من حيث أنه يدعوه إلى السفر وهو مظنة الربح غالباً وعلى هذا فهل يشترط تقديره فيه وجهان (وعن) رواية المزني في الجامع الكبير أنه لابد من شرط النفقة للعقد مقدرة لكن الأصحاب لم يثبتوها (وقوله) في الكتاب ونفقته على نفسه ونص في السفر أن له نفقته بالمعروف إلى آخره يقتضي ظاهره أخذ المنع في أحد القولين من أنه لانفقة في الحضر لا على سبيل التخريج لأنه لم يخل عن النص سواء الوجوب وليس كذلك بل القولان عند من أثبتها منصوصان هذا في رواية المزني وهذا رواية البويطي *

قال (الحكم الرابع * أختلف القول في أنه هل يملك الربح بمجرد (م ز) الظهور أم يقف على المقاسمة * فان قلنا يملك بمجرد الظهور فهو ملك غير مستقر بل هو وقاية لرأس المال عن الخسران * وإن وقع خسران انحصر في الربح * ولا يستقر إلا بالقسمة * وهل يستقر بالتنضيض والفسخ قبل القسمة فيه وجهان * وان قلنا لايملك (ح) فله حق مؤكد حتى لو مات يورث عنه *

أبي محمد وغيره أنه يتعين التمر ولا يعدل عنه ولم يحك الرافعي عن أبي اسحق غير ذلك وظاهر ذلك تصحيح لما نقله الماوردي وأن غير التمر لا يجوز وكذلك هو في المحرر وصححه النووي أيضاً وهو الذي يقتضيه ظاهر الحديث اللهم إلا أن يكون ذلك برضى البائع وسيأتي حكمه ان شاء الله تعالى لكن قد يتوقف في هذا التصحيح لأمرين (أحدهما) أن حكاية الأكثرين عن أبي اسحق أنه يجوز العدول إلى الأعلى كما اقتضاه كلام المصنف وغيره وكثرة القائلين لذلك عن أبي اسحق يقتضي على ما نقله الماوردي عنه وتبين مراد أبي اسحق ولا يبعد أن يتناول كلام الماوردي وان كان خلاف الظاهر ليوافق كلام الأكثرين واذا لم نتحقق هذا الوجه عن أبي إسحق وليس منقولا عن غيره فكيف تقضي صحته (الثاني) أن الاصحاب اتفقوا في زكاة الفطر على أنه يجوز العدول عن القوت الواجب إلى قوت أعلى منه فاذا عدل عن التمر الى ماهو أعلى ينبغي أن يجوز (والاصح) أن الاعتبار بزيادة الاقتيات والقمح أعلي بذلك الاعتبار وان اعتبرنا القيمة على الوجه الأخير فقد يكون القمح في بعض الاوقات أكثر من قيمة التمر فلوكان التمر في المصراة متعيناً حتي لايجوز غيره وان كان أعلى (فالجواب) اما اختلاف النقل عن أبي اسحق وكون ذلك يقتضي التوقف في نسبة هذا القول اليه أو إلى غيره ويلزم من ذلك أن لا يكون متحققا فهو بحث صحيح ولكن لنا أن نتمسك في أن الواجب هو التمر بظاهر كلام الشافعي رحمه الله وقوله أن يرد صاعا من تمر وقوله ان ذلك ثمن واحد وقته رسول الله ﷺ فاذا كان نص الحديث ونص صاحب المهذب يقتضي ان

ولو أتلف المالك المال غرم حصته * وكذا الأجنبي فان الاتلاف كالقسمة * ولو كان في المال جارية لم يجز للمالك وطؤها لحقه ﴾*

متي يملك العامل من الربح الحصة المشروطة له (أحد) قولي الشافعي أنه يملكها بالظهور كما يملك عامل المساقات نصيبه من الثمار بالظهور ولأن سبب الاستحقاق الشرط الصحيح فاذا حصل الربح فليثبت موجب الشرط ولأنه سبيل من مطالبة المالك بأن يقتسما الربح ولولا أنه مالك لما كان كذلك (والثاني) لايملك الا بالقسمة لأنه لو ملك بالظهور لكان شريكاً في المال ولو كان شريكاً لكان النقصان الحادث بعد ذلك شائعاً في المال فلما انحصر في الربح دل على عدم الملك (وايضا) فان القراض معاملة جائزة والعمل فيها غير مضبوط فوجب أن لايستحق العوض فيها الا بتمام العمل كما في الجعالة وأصح القولين (الأول) عند الشيخ أبي حامد وطائفة (والثاني) عند الأكثرين منهم المسعودي والقاضي الروياني وصاحب التهذيب وقد ذكرنا ذلك في الزكاة وبينا أن أبا حنيفة قال بالأول والمزني قال بالثاني وهو مذهب مالك *

بدل

بدل اللبن هو التمر فتمكن المشترى من إعطاء بدله بغير رضى مستحقه على خلاف القواعد لا يدل عليه دليل ويكفي التمسك في الصحيح بنص صاحب المهذب المستند إلى دليل وأما من يشترط في التصحيح موافقة معظم الأصحاب فيحتاج إلى بيان ذلك ههنا في هـذه المسئلة ولم أقف من كلام الاصحاب علي مايقتضى ذلك ولا علي نسبة القول المذكور إلى غير أبي اسحاق نعم الامام قال ذهب ذاهبون إلى أن الاصل التمر فلا معدل عنه وهذا الذى نقله الامام يوافق ما نقله الماوردى عن أبي اسحق فيحتمل أن يكون مراد الامام بالذاهبين أبا إسحق ومتابعيه ويعود ما تقدم من جهة اختلاف النقل عنه وبالجملة فمستند من لم يقل من الأصحاب على كثرتهم بتعين التمر اختلاف الرواية ومجيء القمح في بعض الروايات وقال الامام ان ذلك الذى يمهد لأصحاب القوت مذهبهم وإلا فالأصل الاتباع وأنت إذا وقفت على ما تقدم من التنبيه على ضعف رواية القمح المطلق علي المقيد في بقية الروايات التى أطلق فيها الطعام تارة وذكر التمر أخرى لم تبال بمخالفة كثير من الأصحاب إذا اتبعت الحديث ونص الشافعي من غير تأويل (وأما) الجواب عن اتفاق الأصحاب في زكاة الفطر على أنه يجوز العدول إلى الأعلى فان المقصود في زكاة الفطر سد خلة المساكين والحق فيها لله تعالى فلا يحصل فيها من التنازع والخصومة ما يحصل في غيرها وهذان الأمران مقصودان في مسألة المصراة فان الحق فيها للآدمى مقصود الشارع فيها قطع النزاع مع ما فيها من ضرب تعبد فقد بان ووضح لك أن الصحيح وجوب التمر وتعيينه ولا يجوز العدول عنه إلى غيره سواء كان أعلي أو أدنى إلا برضى البائع فسيأتي الكلام فيه وهذا الصحيح خلاف الوجهين المذكورين في الكتاب لما تبين لك أن مراده عن أبي إسحق أنه يعدل الى الأعلى وصحح ابن أبي عصرون في الانتصار قول ابن سريج والله أعلم * هذا الكلام في جنس الواجب وأما مقداره ففيه وجهان (أصحهما) أن الواجب صاع قل اللبن أو كثر

﴿ التفريع ﴾ إن قلنا انه يملك بالظهور فليس ذلك ملكا مستقراً بل لايتسلط العامل عليه ولا يملك التصرف فيه لأن الربح وقاية لرأس المال عن الخسران مادامت المعاملة باقية حتى لو اتفق خسران كان محسوباً من الربح دون رأس المال ما أمكن وكذلك نقول إذا طلب أحد المتعاقدين قسمة الربح قبل فسخ القراض لايجبر الآخر عليه أما إذا طلب المالك فلأن العامل يقول لا آمن الخسران فنحتاج إلى رد ما اقتسمنا (واما) اذا طلب العامل فلأن المالك يقول الربح وقاية مالى فلا أدفع اليك شيئاً حتي تسلم لى رأس المال فاذا ارتفع القراض والمال ناض واقتسما حصل الاستقرار وهو نهاية الأمر وكذلك لو كان قدر رأس المال ناضاً وأخذه المالك واقتسما الباقي وهل يحصل الاستقرار بارتفاع العقد ونضوض المال من غير قسمة فيه وجهان (أحدهما) لا لأن القسمة الباقية من

وإن زادت قيمته على قيمة الصاع أم نقصت لظاهر الخبر وهذا الذى نص الشافعى عليه رحمه الله فى الجزء السادس عشر من الأم قال الشيخ أبو محمد واليه مال ابن سريج والمعنى فيه قطع النزاع لأن الموجود عند البيع يختلط بالحادث بعده ويتعذر التميز فتولى الشرع تعيين بدله قطعاً للخصومة وقد تقدم ذلك في الجواب عن الوجه الرابع من أسئلة الحنفية التى ادعوا فيها خروج الحديث عن القياس (والثاني) أن الواجب يتقدر بقدر اللبن لرواية ابن عمر التى فيها مثل أو مثلى لبنها وعلى هذ فقد يزداد الواجب على الصاع وقد ينقص وأن الأمر بالصاع كان فى وقت علم أنه يبلغ مقدار اللبن فاذا زاد زدنا واذا نقص نقصنا وهذا الوجه بعيد مخالف لنص الشافعي رحمه الله ولنص الحديث وقد تقدم ضعف الرواية التي تمسك بها وهذان الوجهان حكاهما الفورانى والقاضى حسين والشيخ أبو محمد وغيرهم من الخراسانيين هكذا على الاطلاق ومقتضى ذلك أنا ننظر إلى قيمة اللبن ونؤدى بقدرها على هذا الوجه وبه صرح الرويانى وكذلك الشيخ أبو محمد فى السلسلة ذكر الوجهين فيما إذا زاد لبن التصرية على قيمة صاع من تمر وكذلك الامام فى النهاية وقال الرويانى انه ضعيف والأمر كما قال كلام الشافعى رحمه الله فى الأم يصرح بخلافه فانه قال ردها وصاعاً من تمر كثر اللبن أو قل كان قيمته أو قل من قيمته لأن ذلك شيء وقته رسول الله ﷺ بعد أن جمع فيه بين الابل والغنم والعلم يحيط أن ألبان الابل والغنم مختلفة الكثرة والأثمان فان ألبان كل الابل وكل الغنم مختلفة وهذا الذى قاله الشافعى رحمه الله هو الحق الذى لا محيص عنه ولو كان الواجب يختلف باختلاف اللبن لفاوت النبي ﷺ بين الابل والغنم فلما لم يفاوت بينهما وأوجب فيهما صاعاً من تمر علم قطعاً بطلان هذا الوجه ولم أر لهذا الوجه ذكرا فى طريق العراق على هذا الاطلاق وانما فى كلامهم وكلام بعض الخراسانيين كالغزالى حكاية الخلاف فيما إذا زادت قيمة الصاع على قيمة نصف الشاة أو كلها كما سيأتي فى كلام المصنف إن شاء الله تعالى ولولا أن الرافعى

تتمة عمل العامل (وأصحهما) الاستقرار لارتفاع العقد والوثوق بحصول رأس المال وان كان المال عروضاً فينبني على خلاف سيأتى فى أن العامل هل يجبر علي البيع والتنضيض (إن قلنا) نعم فظاهر المذهب أنه لا استقرار لأن العمل لم يتم (وإن قلنا لا) فوجهان كما لو كان المال ناضاً ولو اقتسما الربح بالتراضى قبل فسخ العقد لم يحصل الاستقرار بل لو حصل خسران بعده كان علي العامل جبره بما أخذ وبهذا يتبين أن قوله فى الكتاب ولا يستقر إلا بالقسمة غير معمول بظاهره فيما يرجع إلى الاكتفاء بالقسمه (وإن قلنا) انه لا يملك إلا بالقسمة فله فيه حق مؤكد حتى يورث عنه إذا مات لأنه وإن لم يثبت للملك له فقد ثبت له حق التملك ويقدم على الغرماء لتعلق حقه بالعين وله أن يمتنع عن العمل بعد ظهور الربح ويسعى فى التنضيض ليأخذ منه حقه ولو أتلف المالك المال غرم حصة

اعتد بهذا الخلاف وحكاه وتصريح الشيخ أبي محمد والامام والروياني لـكنت أقول انه يجب تنزيله على ما فى كتب العراقيين لـكن هؤلاء الأئمة ذكروه صريحاً والرافعي حكى الأمرين فقال ان منهم من خص هذا الوجه بما إذا زادت قيمة الصاع على نصف قيمة الشاة وقطع بوجوب الصاع فيما إذا نقصت عن النصف ومنهم من أطلقه إطلاقا وليس فى كلام الرافعى هذا ما يؤيد تنزيل هذا الاطلاق على مافى كتب العراقيين لكن ماحكاه الشيخ أبومحمد والأمام والروياني صريح وكذلك يقتضيه كلام القاضى حسين وفى كلام الأمام كشف ذلك فانه حكى الوجهين فى أنه هل يتعين الصاع أو يجب من التمر بقيمة اللبن فان اعتبرنا الصاع فكانت قيمته بقدر الشاة أو أكثر ففى وجوبه وجهان عن العراقيين فجمل حكاية العراقيين الوجهين تفريعاً على اعتبار الصاع وأفاد كلامه حصول ثلاثة أوجه فى المسئلة (أحدها) وجوب الصاع مطلقاً (والثانى) وجوب قدر قيمة اللبن مطلقاً (والثالث) الفرق بين أن تـكون قيمة الشاة أولا فان لم تـكن بقيمة الشاة وجب الصاع وإلا وجب بالتعديل والأوجه الثلاثة المذكورة متفقة على أن المردود هو التمر اما صاع أوأقل أو أكثر وسيأتى فى كلام المصنف رحمه الله مايخالفه وكذلك قوله على الوجه الثالث باعتبار التعديل مخالف لـكلام المصنف وأكثر الأصحاب كما ستعرفه هناك إن شاء الله تعالى وفى بعض شروح المهذب المجموعة من الذخاير وغيرها ذكر الوجهين المذكورين وذكر حديث ابن عمر ثم قال قال العراقيون أراد الخبر أنه يجب المثل إذا كان اللبن صاعا ويجب مثلاه إذا كان اللبن نصف صاع وهذا يجب حمله على ما قاله الشيخ أبو محمد رحمه الله وغيره من اعتبار قيمة الصاع إلا أن يكون اللبن صاعا كما هو ظاهر هذه العبارة وبالجملة فهذا الوجه فى غاية الضعف مخالف لصريح نص الشافعى رحمه الله والحديث وممن حكاه أيضاً ابن داود فى شرح المختصر والله أعلم * وإذا ضممت الخلاف فى المقدار

العامل وان كان الاتلاف بمثابة الاسترداد ولو استرد الـكل غرم للعامل فكذلك اذا أتلف (وأما) قوله وكذا الأجنبي فان الاتلاف كالقسمة (واعلم) أن الأجنبي اذا أتلف مال القراض ضمن بدله وبقى القراض فى بدله كما كان هذا ماذكره الأصحاب فى حكم المسألة وفى نظم الكتاب كلامين (أحدهما) أن العرض فى هذا المقام التفريع على أن العامل انما يملك حصته بالقسمة وعلى هذا القول يكون كل الربح قبل القسمة للمالك وحينئذ يستحسن الكلام فى أنه لو أتلف المالك غرم حصة العامل لتعرف تأكيد حقه وان لم يكن مالـكا لايستحسن ذكر اتلاف الأجنبي لأنه لايمكن أن يقال يغرم حصة العامل اذ لا امتياز لها لبقاء القراض ولا اختصاص الغرم بها بل يغرم كل المال وأصل الغرم لا دلالة له على حق العامل (والثانى) ان قوله فان الاتلاف كالقسمة لاينصرف الى

إلى الخلاف فى الجنس زادت الأوجه فيما يرده بدل اللبن والله أعلم * وسأتعرض لذلك إن شاء الله فى فرع عند الكلام فيما اذا زاد الصاع على قيمة الشاة والله اعلم *

﴿ فرع ﴾ هذا كله فيما إذا لم يرض البائع فأما إذا تراضيا على غير التمر من قوت أو غيره أوذهب أو ورق أوعلى رد اللبن المحلوب عند بقائه قال الرافعى فيجوز بلا خلاف كذا قاله صاحب التهذيب وغيره وعبارة صاحب التهذيب أنه يجوز على الوجهين قال الرافعى ورأيت القاضى ابن كج حكى وجهين فى جواز إبدال التمر بالبر عند اتفاقهما عليه (قلت) وقد قال ابن المنذر فى الأشراف أنه لايجوز أن يدفع مكان التمر غيره لأن ذلك يكون بيع الطعام قبل أن يستوفى وهو أحد قولى المالكية وقول ابن المنذر وهذا يقتضى أن ذلك من باب الاعتياض. فان كان كذلك فالمنع من الاعتياض فى ذلك مخالف لنص الشافعى رحمه الله فانه قال فى باب السنة فى الخيار ومن كان له علي رجل طعام حال من غير بيع فلا بأس أنه يأخذ به شيئاً من غير صنفه إذا تقابضا من قبل أن يتفرقا واحترز الشافعى رحمه الله بالحال عن المؤجل وقد تقدم فى باب الربا فى الاعتياض عن الطعام المؤجل أن الشافعى رحمه الله نص على منعه وماذكره ابن المنذر هنا لم يتعرض الأصحاب له هناك فيحتمل أن يكون ابن كج موافقه فى المنع من الاعتياض عن الطعام مطلقاً ويحتمل أن يخص ذلك بهذه المسئلة لما فيها من ضرب من البعد فتلخص أن للمذهب جواز الاعتياض عنه مطلقاً وقول ابن المنذر المنع مطلقاً وما حكاه ابن كج المنع فى اعتياض البر عن التمر والظاهر أنه يعدى ذلك إلى كل مطعوم فاما أن يقول قولا فارقاً بين المطعوم وغيره فيكون قولا ثالثاً واما أن يكون يعم المنع فى الجميع تشبيهاً له بالثمن فى الذمة فيكون قد وافق ابن المنذر فى الحكم وخالفه فى المأخذ واما أن يكون موافقاً له فى الحكم والمأخذ معاً ويمنع الاعتياض عن الطعام فى الذمة وان كان حالا وهو خلاف

مسألة الأجنبي لأن القراض إذا بقى فى البدل لم يكن الاتلاف مفيداً للقسمة بل هو مصروف إلى ماقبلها وهو إتلاف المالك وإنما كان كالقسمة لأنه أتلف ملكه وملك غيره أو حق غيره ولايمكن تعريه ملك نفسه ولا تعطيل حق الغير فيغرم حق الغير وذلك يتضمن مقصود القسمة وهو التمييز ولو كان فى المال جارية لم يجز للمالك وطؤها إن كان فى المال ربح لملك العامل أو حقه وإن لم يكن ربح فكذلك الجواب ووجهوه بأن انتفاء الربح فى المتقومات غير معلوم وإنما يستقر الحال بالتنضيض واستبعد الامام التحريم إذا تبين عدم الربح (قال) ويمكن تخريجه على أن العامل لوطلب بيعها وأباه المالك هل له ذلك فيه خلاف سيأتى فان اسعفناه فقد أثبتنا له علقة فيها فيحرم الوطء بها (وإذا قلنا) بالتحريم ووطىء فللشيخ أبى محمد تردد في أنه هل يكون ذلك فسخاً للقراض والأظهر المنع

نص الشافعي رحمه الله وليس في عبارة صاحب التهذيب نفي الخلاف مطلقاً كما ذكره الرافعي رحمه الله حتي يستدرك عليه كل خلاف وانما قال على خلاف الوجهين يعني قول ابن سريج وقول أبي اسحق رحمهم الله وليس في كلامه أيضاً في النسخة التي وقفت عليها ذكر القوت وانما ذكر الذهب والفضة ومالا يقتات ورد اللبن و أما حكايته وحكاية الرافعي عنه الاتفاق على جواز رد اللبن عند بقائه فينبغي أن يكون صورة ذلك اذا تراضيا على أخذه بدلا عن الواجب ويشترط في ذلك التنظ هذا اذا جعلنا ذلك من باب الاعتياض كما تقدم أما إذا قنصر علي الرد فهل يكفي لأنهما تراضيا عليه فيرد الرد عليهما أولا يكفي لأن الواجب غيره فليس ذلك من باب الرد على صورة الفسخ والله أعلم وسنتعرض له في كلام المصنف رحمه الله إن شاء الله تعالى وفي فرع الآن فلننبه له ٭

﴿ فرع ﴾ التمر الذي يجب رده هل يتعين نوع منه أو ذلك إلى خيرة المشترى ما لم يكن معيناً قال أحمد بن سرى فيما نقله من نصوص الشافعي رحمه الله صاعاً من تمر البلد الذي هو به تمر وسط بصاع النبي ﷺ فظاهر هذا الكلام يقتضى أنه لا يعطى تمراً دون تمر بلده و إن كان سليما ولم أر من تعرض لذلك ولا اعتد به لا هنا ولا في زكاة الفطر والذى اقتضاه النص من تعين تمر البلد يشهد له ماذكر في الشاة الواجبة عن خمس من الابل وأنه لا يجوز العدول عن قيمة البلد على المذهب وما ذكر في الدراهم المأخوذة في الجبران في الصعود أو النزول وأنه يتعين نقد البلد قطعا فاذا ثبت التعين ههنا فالتعيين في زكاة الفطر أولى لأن إطعام الفقراء ممتد إلى قوت البلد ونوعه (نعم) إن كان في البلد أنواع فقد ذكروا في الشاة المخرجة عن خمس من الابل أوجها نص الشافعي رضى الله عنه فيها وهو الذى قطع به صاحب المهذب بتعين غالب البلد وأصحها على ماذكره الرافعي أنه يخرج من أى النوعين شاء وقياس ذلك أن يأتي ههنا ذلك الخلاف بعينه (فان قلت) قد قال الماوردى رحمه الله انه إذا أعوز التمر أخرج قيمته

ولا يلزم الحد وحكم المهر سنذكره ولو وطئها العامل فعليه الحد إن لم يكن ربح إن كان عالماً وإلا فلا حد ويؤخذ منه جميع المهر ويجعل في مال القراض لأنه ربما يقع خسران يحتاج إلى الجبر ولو استولدها لم تصر أم ولد (إن قلنا) انه لا يملك بالظهور (وإن قلنا) يملك ثبت الاستيلاد في نصيبه ويقوم عليه الباقي إن كان موسراً ولا يجوز للمالك تزويج جارية القراض لأن القراض لا يرتفع بالتزويج وانه ينتقص قيمتها فيتضرر العامل به ٭

قال ﴿ الحكم الخامس ٭ الزيادة العينية كالثمرة والنتاج محسوب من الربح وهو مال القراض ٭ وكذا بدل منافع الدواب ومهر وطء الجوارى حتي لو وطيء السيد كان مسترداً بمقدار العقر ٭ وأما النقصان فما يحصل بانخفاض السوق أو طريان عيب ومرض فهو خسران يجب جبره بالربح ٭

بالمدينة علي وجه وهو الذى اقتصر الرافعى على حكايته وهو الذى قاله المصنف على قول أبى اسحق فيما إذا زادت قيمة الصاع على الشاة واعتبار قيمة الحجاز يدل على أن للمعتبر تمر الحجاز لأن القيمة بدل عنه فلو كان الواجب تمر البلد لاخرج قيمته (قلت) ماذكره الشافعي هنا من تعين تمر البلد وتأيد بالنظائر يدل على أن الأصح هو الوجه الثانى الذى نقله الماوردى أنه عند أعواز التمر يعتبر قيمته فى أقرب بلاد التمر إليه وان كان الرافعى لم يذكره (وأما) ما ذكره المصنف وغيره من الاصحاب على قول أبى اسحاق واقتصروا عليه وأن المعتبر قيمة الحجاز نذلك إنما قالوه على قول أبى اسحاق وقد يكون أبو اسحاق لايوافق على مااقتضاه النص من تعين تمر البلد وهو بعيد أو يوافق على أن المعتبر عند الوجود تمر البلد فان أعوز رجع إلي قيمة الحجاز وهو بعيد أيضاً ولا يلزم من حكاية الأصحاب ذلك أنهم يعتبرون قيمة الحجاز عند الأعواز على المذهب ولا شك أن مقتضى قول أبى اسحق اعتبارها فانه إذا اعتبرها فى غير حالة الأعواز ففى حالة الاعواز أولى فتخلص أن التمر الذى يجب رده هو تمر البلد على ظاهر النص وفيه على قول أبى اسحق ماذكرته و إذا أوجبنا تمراً فعدل إلى تمر أعلى منه جاز كما قالوه فى زكاة الفطر وفى الشاة المخرجة عن الابل ولو عدل إلى مادونه لم يجزه كما ذكروه فى الشاة هذا عند الوجود وعند الأعواز الواجب قيمته بأقرب البلاد اليه وقيل بالمدينة وهو مقتضى قول أبى اسحاق وقد يقال انه إذا عدل عند الوجود إلى نوع أعلى ينبغى أن يكون كالعدول إلى جنس آخر كما قيل بمثله فى السلم إن اختلاف النوع كاختلاف الجنس وحينئذ فلا يجوز ههنا بغير التراضي ويجوز بالتراضى لان هذا يجوز الاعتياض عنه على الاصح كما تقدم بخلاف المسلم فيه (وأما) العدول إلى نوع أدنى فلا يجوز إلا بالتراضى إلا إذا فرعنا على قول التخيير وكذلك فى الزكاة إذا وجبت

وما يقع باحتراق وسرقة وفوات عين فوجهان أصحهما أنه من الخسران كما أن زيادة العين من الربح * ولو سلم اليه ألفين فتلف أحدهما قبل أن يشترى به شيئاً أو بعد أن يشترى كما لو اشترى عبدين مثلا ولكن قبل البيع فرأس المال ألف أو ألفان فيه وجهان وهو تردد فى أنه هل يجعل ذلك من الخسران وهو واقع قبل الخوض فى التصرفات ﴾ *

مقصود الفصل الكلام فيما يقع من مال القراض زيادة أو نقصان أما الزيادة فثمرة الشجرة المشتراة للقراض ونتاج البهيمة وكسب الرقيق و ولد الجارية ومهرها إذا وطئت بالشبهة أطلق صاحب الكتاب والامام القول بأنها من مال القراض لانها من فوائده وكذا بدل منافع الدواب والاراضى وذلك قد يجب بتعدى المتعدى باستعماله وقد يجب باجارة تصدر من العامل فانله الاجارة إذا رأى

عليه الزكاة من نوع لم يعدل إلى نوع دونه إلا إذا اعتبرنا القيمة ففيه خلاف وكذا لايخرج عن الكرام إلا كريمة *

﴿ فرع ﴾ الصاع الذي يجب رده بدل اللبن هل ينزل منزلة العين الاخرى الذى شملها العقد حتى أنه يتوقف الرد على رده مع الشاة أو نقول انه يرد الشاة ويبقى بدل اللبن فى ذمته لم أقف فى ذلك على نقل (وقوله) فى الحديث رد معها صاعاً من تمر يشعر بالاول ويؤيده أن افراد احدى العينين بالرد لايجوز فى غير هذا الكتاب فجعل التمر قائماً مقام اللبن لرد عليهما أقرب إلى المحافظة على ذلك وإذا صح ذلك فلا يكون اتفاقهما على أخذ بدل التمر من باب الاعتياض حتى يحتاج إلى لفظ كما تقدم لأن التمر لا ثبوت له فى الذمة على هذا البحث وانما يقام مقام اللبن ليرد الرد عليهما ويشكل أخذ بدله لا لأجل التعليل الذى قاله ابن المنذر بل لهذا المعنى وهذا الذى وعدت به فلتتنبه له (نعم) اتفاقهما على رد اللبن واضح على هذا التقدير ولا يحتاج حينئذ إلى اعتياض لأن ذلك هو الأصل وانما عدل الى التمر خوفاً من اختلافهما فاذا تراضيا عليه جاز وورد الرد عليهما ويحصل الفسخ فى جميع المعقود عليه ويخرج من ذلك أنه يجوز اتفاقهما على رد اللبن ولايجوز اتفاقهما على بدل آخر غيره لايعدولا غيره ولم أر أحداً صرح بمجموع هذا فليتنبه لهذه الدقائق *

﴿ فرع ﴾ يمكن أن يقال إذا جعلنا التمر قائماً مقام اللبن على ما تقدم من البحث وتراضيا على رد الشاة وأن يبقى التمر فى ذمته يجوز كما يجوز فى الشفعة حيث يكتفي برضا المشترى بذمة الشفيع عن تسليم العوض ويمكن أن يقال لا يكفى ذلك هنا لأن الشفعة تملك جديد وههنا رد والرد يعتمد المردود فعلى الاحتمال الأول يستمر ماقاله البغوى والرافعى رحمهما الله من أخذ البدل عن التمر لأنه قد صار فى الذمة فيأخذ عنه مايقع الاتفاق من مقدار غيره ويأتي فيه خلاف ابن المنذر وتعليله وعلى

فيها المصلحة وفصل فى التتمة فقال إن كان فى المال ربح وملكنا العامل حصته بالظهور فالجواب كذلك وإن لم يكن ربح أو لم نملكه فمن الأصحاب من عدها من مال القراض كالزيادات المتصلة وقال عامتهم يفوز بها المالك لأنها ليست من فوائد التجارة ويشبه أن يكون هذا أولى فان جعلناها مال القراض قال هم ا وفى الوسيط يجبر من الربح وهو قضية مافي التهذيب وأورد بعض أصحاب الامام أنها لاتعد من الربح خاصة ولا من رأس المال بل هى شائعة (وقوله) فى الكتاب وهو مال القراض بعد قوله محسوبة من الربح يستغني عنه (نعم) لو قدم وآخر فقال انها مال القراض وهى محسوبة من الربح كان حسناً وكذلك لفظ الوسيط وان وطئها المالك قال المصنف وغيره انه يكون مسترداً مقدار العقر حتى يستقر نصيب العامل منه وفى التهذيب انه إن كان فى المال ربح وملكناه بالظهور

الاحتمال الثانى يتعين ماتقدم وأنه يتعين رد التمر أو اللبن باتفاقهما لأنه الأصل ولايجوز غير ذلك لأن ذلك إقامة لغير المبيع مقام المبيع فى حكم الرد وذلك إنما يكون من جهة الشرع *

﴿ فرع ﴾ ولو كانت المصراة اثنين أوأكثر هل يرد أداء الواجب بذلك لم أقف لأصحابنا على نقل فى ذلك لكن أبو الفرج بن أبي عمر الحنبلى رحمه الله نقل فى شرح المقنع على مذهبهم وعن الشافعى و بعض المالكية أنه يرد مع كل مصراة صاعاً لقوله من اشترى غنما (قلت) وممن ذهب إلى ذلك ابن حزم الظاهرى وزعم ابن الرفعة أن ذلك ظاهر الحديث (قال) وما أظن أصحابنا يسمحون بذلك وهذا منه يدل علي أنه لم يقف فى ذلك على نقل وكذلك أنا لم أقف على نقل إلا ما قدمته من نقل بعض الحنابلة عن الشافعى رضى الله عنه وهو مقتضى المذهب و قال ابن عبد البر ينبغى أن لا يجب فى لبن شياه عدة أو بقرات عدة إلا الصاع عبادة وتسليما *

﴿ فرع ﴾ اتفق أصحابنا رحمهم الله وأكثر العلماء على أنه لا يجب رد مثل اللبن التالف لأن الصاع بدل اللبن بدليل قوله ﷺ ففى حلبتها صاع من تمر ويفهم المعنى وقال ابن حزم يجب رد مثله مع التمر ان كان تلفا وعينه ان كان باقيا وذلك فى اللبن الموجود عند العقد وأجاب عن الحديث بان الحلبة مصدر واطلاقه علي المحلوب مجاز ولا دليل عليه واتفقوا على أنه ليس عليه رد اللبن الحادث عنده والله أعلم * وقد روى ابن أبى عدى حديث المصراة بلفظ فيه وان شاء ردها وصاعا من تمر وكان بما احتلب من لبنها وهو يدل على أنه بدل المحلوب لكن فى سنده سليمان بن أرقم وهو ضعيف *

﴿ فرع ﴾ فى مذاهب العلماء قال ابن أبي ليلى وأبو يوسف يرد معها قيمة اللبن هكذا نقل عنهما ابن المنذر وغيره ونقل ابن حزم عنهما أنه يرد قيمة صاع وقال مالك فى أحد قوليه يؤدى أهل بلد

وجب نصيب العامل من الربح و إلا لم يجب شىء فليعلم كذلك (قوله) فى الكتاب كان مستردا مقدار العقر - بالواو - واستيلاد المالك جارية القراض كاعتناقها واذا أوجبنا المهر بالوطء الخالى عن الاحبال فالظاهر الجمع بينه وبين القيمة (وأما) النقصان فما يحصل بانخفاض السوق فهو خسران مجبور بالربح وكذا النقصان بالتعييب والمرض الحادث والنقصان العينى وهو تلف البعض ينظر إن حصل بعد التصرف فى المال بيعا وشراء فالأكثرون ذكروا أن الاحتراق وغيره من الآفات السماوية خسران مجبور بالربح أيضاً وفى التلف بالسرقة والغصب وجهان والفرق أن فى الضمان الواجب مايجبره فلا حاجة إلى جبره بمال القراض وسوى المصنف وطائفة بين الهلاك بالآفة السماوية وغيرها وحكوا الوجهين في النوعين ووجه المنع أنه نقصان لاتعلق له بتصرف العامل وتجارته بخلاف النقصان الحاصل بانخفاض

صاعا من أغلب عيشتهم وهكذا قول ابن سريج من أصحابنا وقال أبو حنيفة ومحمد رضى الله عنهما إذا كان اللبن تالفاً ليس له ردها لكن يرجع بقيمة العيب فقط وان كان باقياً رده ولا يرد معها صاع تمر ولا شيأ هكذا نقل ابن حزم عنه والمشهور عنه أنه إذا حلبها امتنع عليه الرد ونقل بعض أصحابنا عن أحمد أنه إذا حلبها سقط خياره وتعين حقه فى الأرش وهذا خلاف الحديث وعن بعض المالكية أنه لايرد معها شيأ لأن الخراج بالضمان (الحالة الثانية) أن يختار الرد قبل حلب اللبن وهذا إنما يكون على غير الوجه الذى نقله الشيخ أبو حامد والرويانى ومن وافقهما عن أبى اسحاق فى أنه يمتنع الرد قبل الثلاث والمشهور خلافه فاذا أراد الرد قبل الحلب ردها ولا شيء عليه وفاقا فان قوله وان سخطها ردها وصاعاً من تمر المراد به إذا كان بعد الحلب والجمع بين طرق الحديث يبين ذلك وأيضاً المعنى يرشد اليه ونقل ابن عبد البر أنه لاخلاف فيه ولا يعكر ذلك على قولنا انه له الخيار قبل الحلب

(الحالة الثالثة) أن يختار امساكها قال الشافعي رضى الله عنه إذا رضى بامساكها ثم وجد بها عيبا قديماً غير التصرية فله ردها بالعيب و يرد بدل اللبن الموجود حالة العقد وعلى رواية الشيخ أبى على وجه أنه كما لو اشترى عبدين وتلف أحدهما وأراد رد الآخر فيخرج على تفريق الصفقة والمذهب الأول و به جزم كثيرون وهو الذى نص عليه الشافعى رحمه الله فى المختصر وقال الامام قطع الامام وصاحب التقريب والصيدلانى أجوبتهم بذلك وعنى بالامام والده الشيخ أبا محمد ثم استشكله من طريق القياس بأن المعني يرشد إلى أن الصاع بدل عن اللبن والبهيمة مع اللبن فى ضرعها كالشجرة مع ثمرتها فاذا بلغت الثمرة وأراد رد الشجرة دخل هذا فى تفريق الصفقة قال هكذا حكم القياس ولكن الشافعي رحمه الله وجميع الأصحاب حكموا بما ذكرناه يعنى من عدم التخريج على تفريق الصفقة (قال) والسبب فيه أن الرد بالعيب القديم فى معنى الرد بالخلف قطعاً واللبن فى الواقعتين على قصة واحدة فرأى الشافعي الحاق الواقعة بالواقعة كما رأى الحاق الأمة بالعبد فى قوله عليه السلام «من اشترى شركا له فى عبد» وذكر

السوق وليس هو بناشيء من نفس المال الذى اشتراه العامل بخلاف المرض والعيب فلا يجب على العامل جبره وكيفما كان فالأصح أنه مجبور بالربح وإن حصل النقصان قبل التصرف فيه بيعاً وشراء كما إذا دفع اليه الفي درهم قراضاً فتلف الف قبل أن يتصرف فيه وجهان (أحدهما) أنه خسران أيضاً مجبور بالربح الحاصل بعده لأنه بقبض العامل صار مال القراض وعلى هذا فرأس المال الفان كما كان ويقال هذا هو منقول للمزني عن الجامع الكبير (وأظهرهما) أنه يتلف من رأس المال ويكون رأس المال الألف الباقي لأن العقد لم يتأكد بالعمل ولو اشترى بالفين عبدين أو ثوبين فتلف أحدهما (فان قلنا) لو تلف أحد الألفين قبل التصرف جبرناه بالربح فههنا أولى (وإن قلنا) يتلف

الشيخ أبو علي في شرح التلخيص أن من أصحابنا من رد هذه المسئلة إلى موجب القياس وخرجها على تفريق الصفقة (قلت) وكلام الشافعي رضي الله عنه في الرسالة في باب الاجتهاد يقتضي أن رد التمر في هذه الصورة بالحديث لا بالقياس لكن مراد الامام بالالحاق الالحاق في أصل الرد لا في ضمان بدل اللبن واعتذر الغزالي عن التخريج على تفريق الصفقة في حالة رد المصراة بأن اللبن لا يقابله قسط من الثمن على رأي فهو في حكم وصف آخر لا يوجب زواله عيب الباقي بخلاف العيب الحادث (فان قلنا) يقابله قسط من الثمن فلا وجه لمخالفة الحديث فلنؤيد به جواز تفريق الصفقة فانه المختار لاسيما في الدوام وهذا الذي قاله الغزالي من أن اللبن لا يقابله قسط من الثمن على رأي الامام ذكره في لبن غير المصراة تخريجا على الحمل فقال الوجه أن تجعل اللبن كالحمل في أنه هل يقابل بقسط من الثمن على رأي الامام ذكره في لبن غير المصراة تخريجاً على الحمل فقال الوجه أن يجعل اللبن كالحمل في أنه هل يقابل بقسط من الثمن وذكره الغزالي والرافعي هنا في المصراة قال ابن الرفعة ولبن المصراة مخالف لذلك إذ هو مقصود فيها بخلافه في غيرها ولهذا قال الشافعي رحمه الله انه إذا رد غير المصراة بعيب لا يرد بدل اللبن ولم يقل الشافعي ولا أحد من الاصحاب بذلك في المصراة وقال ابن الرفعة ان الغزالي أثبت احتمال الامام وجهاً ونقله إلى لبن المصراة وهو خلاف ماعليه الاصحاب وقال عما ذكره أنه إن قاله تبعا للغزالي فلا عبرة به والا ففيه تعضيد لما ذكره الغزالي (قلت) وما حكاه الامام عن الشيخ أبي علي مفروض في المصراة لكن في هذه الحالة التي يتكلم فيها وهي ما إذا اختار إمساكها ثم أراد الرد بعيب التصرية فلم يقل أحد فيما علمت بالتخريج على تفريق الصفقة لأن ذلك يكون مصادما للحديث وإذا كان كلام الشيخ أبي علي مفروضا في المصراة كان مستندا لما نقله الغزالي في المصراة من أن اللبن لا يقابله قسط من الثمن على رأي وإلا لم يخرج على تفريق الصفقة عند ارادته الرد بعيب آخر وأما امتناع التخريج عند ارادة الرد بالتصرية فيصد عنه الحديث فلذلك لم يصر

من رأس المال فوجهان (أحدهما) أن الجواب كذلك لأن العبدين بدل الألفين ولا عبرة بمجرد الشراء فانه تهيئة محل التصرف والركن الأعظم في التجارة البيع إذ به يظهر الربح (وأظهرهما) أنه يتلف من الربح ويجب جبره لأنه تصرف في رأس المال ولا يأخذ شيئاً بالربح حتى يرد ماتصرف فيه إلى المالك هذا إذا تلف بعض المال (أما) إذا تلف كله بآفة سماوية قبل التصرف أو بعده ارتفع القراض وكذا لو أتلفه المالك كما تقدم ولو أتلفه أجنبي أخذ بدله و بقي القراض فيه على ماس وكذا لو أتلف بعضه وأخذ بدله استمر القراض وما ذكرنا من الخلاف في أنه يجبر بالربح مفروض فيما إذا تعذر أخذ البدل من المتلف ولو أتلف العامل المال قال الامام يرتفع القراض لأنه وإن وجب بدله

اليه صائر ويبقى فيما عداه على مقتضى القياس فليس ما نقله الغزالي والرافعي خارجا عما عليه الأصحاب (وأما) نص الشافعي رحمه الله في غير المصراة فسيأتي الكلام فيه وأن ظاهر المذهب خلافه وقد اعترض ابن الرفعة على ما نقله الشيخ أبو على من التخريج وقال الامام إنه القياس بأنا إنما نخرج على تفريق الصفقة ماهو مقصود كله كأحد العبدين ونحوهما وما نحن فيه ليس كذلك فان اللبن غير مقصود كالشاة بل هي المقصودة واللبن إن قصد فتابع ولهذا اغتفرت الجهالة فيه والتوابع إذا فاتت لا تلحق بالمتبوعات ألا ترى أن المبيع إذا ظهر عيبه وامتنع رده لانقول يخرج القول في الباقي على تفريق الصفقة وإن كانت السلامة من العيب مقصودة لكنها تابعة لاتفرد بالعقد فاللبن مثلها (قلت) وهذا أميل إلى أنه لا يقابل بقسط من الثمن مع انكاره له وإلا فمقتضى المقابلة أنه إذا رد بتفريق الصفقة يرده وقد حكي الجوزى قولا يوافق ما حكاه الشيخ أبو على في امتناع الرد ويخالفه في المأخذ فقال إن ظهر على عيب التصرية فلم يرد حتى ظهر على عيب آخر بعد مدة ففيها قولان (أحدهما) لا يرد كما لا يرد سلعة اشتراها فظهر منها على عيب فلم يردها حتى ظهر منها على عيب آخر لأنه رضيها معيبة (والقول الثاني) يرد والفرق بينه و بين السلع أنه يرد معها صاعا بدلا لابن المصراة فكأنه يرده بعيب واحد وسائر السلع لايرد معها شيئاً وكان قد رضيه فلا شيء له قال الجوزى قد يجيء في السلع أنه يرد للمصراة لأنه رضي بعيب واحد دون الآخر (قلت) وهذا الاحتمال الذي قاله الجوزي هو القياس ولايلزم من الرضى بعيب الرضى بجميع العيوب والذي قاله أولا من أن سائر السلع غير المصراة إذا ظهر منها على عيب فلم يرد حتى ظهر على عيب آخر أنه يمتنع الرد بعيد لاوجه له وما أظن الأصحاب يساعدونه على ذلك كما حكاه الجوزى من القولين بل صرح الماوردي والشيخ أبو حامد وغيرهما بخلافه فانهم قالوا في هذه المسئلة أن من رضي بعيب ثم وجد غيره لم يمنعه الرضا بما علم من الرد بما لم يعلم وجعلوا ذلك دليلا على الرد ههنا لكني رأيت في تعليق الطبرى عن ابن أبي هريرة ما يوافقه

عليه فانه لايدخل في ملك المالك إلا بقبض منه وحينئذ يحتاج إلى استئناف القراض ولك أن تقول ذكروا وجهين في أن مال القراض إذا غصب أو تلف من الخصم فيه وجهان (أظهرهما) أن الخصم المالك إن لم يكن في المال ربح وهما جميعاً إن كان فيه ربح (والثاني) أن للعامل المخاصمة بكل حال حفظا للمال ويشبه أن يكون الجواب المذكور في اتلاف الأجنبي تفريعاً على أن العامل خصم وبتقدير أن يقال انه وإن لم يكن خصما لكن إذا خاصم المالك وأخذ عاد العامل إلى التصرف فيه بحكم القراض لزمه مثله فيما إذا كان العامل هو المتلف وإن قتل عبد القراض قاتل وفي المال ربح لم ينفرد أحدهما بالقصاص بل الحق لهما وان تراضيا على العفو على مال أو على الاستيفاء جاز وان عفى

فانه قال فى ذلك منزلته منزلة المشترى سلعة فوجد بها عيبين فرضى بأحدهما كان له أن يرد بالعيب الثانى وقد قيل انه لا يرد ولكن يرجع بأرش العيب الثانى قال وهو ضعيف على أن قوله فى هذا الكلام وقد قيل يحتمل أن يكون فى المصراة فى المسئلة المقيس عليها وبالجملة فالمذهب المشهور أن ذلك غير مانع ونقله ابن بشرى فى منصوصات الشافعى رضى الله عنه وقد حكى ابن الرفعة عن الجوزى هذا عند الكلام فى بيع البراءة وقال لعل وجهه أن فى رده إبطال عفوه عن الأول فلم يجز ولهذا نظر يأتى فى الجنايات وما حكاه الجوزى من القولين فى المصراة قد وجه هذا القول بالمنع منهما بالقياس على غيرهما من السلع ونحن نمنعه حكم الأصل إما جزماً وإما على المذهب المشهور ولئن سلم (فالفرق) ما ذكره وتبين بذلك أن مأخذ القول بالمنع الذى حكاه الجوزى غير مأخذ الوجه الذى حكاه الشيخ أبو علي رحمه الله من التخريج على تفريق الصفقة قوى من جهة القياس والحديث يعضد عنه غير أن القول الذى حكاه الجوزى على غرابته وضعفه يعتضد به الوجه الذى حكاه الشيخ أبو علي وان اختلفا فى المأخذ لتواردهما على حكم واحد وهو امتناع الرد وكلاهما شاهد للرأى الذى حكاه الغزالي والرافعى من أن اللبن لا يقابله قسط من الثمن وهو مع ذلك ضعيف لمخالفته نص الشافعى رحمه الله ولا وجه لمنع التخريج على تفريق الصفقة إلا اتباع الحديث والا فلقائل أن يقول إن كان اللبن مقابلا بقسط من الثمن وجب أن لا يرد بدله وقد دل الحديث على رد البدل ولذلك جزم الشافعى رحمه الله وأكثر الأصحاب بأنه مقابل بقسط وقطعوا بذلك فى باب الربا واستدلوا له هناك بحديث المصراة كما تقدم والوجه الذى حكاه الشيخ أبو على والجوزى فى غاية الغرابة وما قاله ابن الرفعة من من كون اللبن تابعاً تقدم الجواب عنه وليس أوصاف السلامة يتقسط الثمن عليها حتى إذا فات بعضها يتخرج على تفريق الصفقة بخلاف اللبن فانه يوافق على أنه يقابله قسط من الثمن وكون الشىء مقابلا بقسط من الثمن أخص من كونه مقصوداً هذا ما ذكره كثير من الأصحاب وفصل الماوردى رحمه الله فقال إن كان بعد العقد علم بالتصرية ورضى ثم وقف على عيب آخر فله الرد لا يختلف أصحابنا فيه ويرد

أحدهما سقط القصاص ووجبت القيمة هكذا ذكروه وهو ظاهر على قولنا انه يملك الربح بالظهور وغير ظاهر على القول الآخر وان لم يكن فيه ربح فللمالك القصاص والعفو على غير مال وكذا لو كانت الجناية موجبة للمال فله العفو عنه ويرتفع القراض وان أخذ المال أو صالح عن القصاص على مال بقى القراض فيه (وقوله) فى الكتاب كما أن زيادة العين من الربح ينبنى على ما ذكره فى الزيادات أنها محسوبة من الربح وفيه من الخلاف ما مر (وقوله) وهو تردد فى انه هل يجعل ذلك من الخسران الى آخره هذا اللفظ يتناول الصورة الأولى وهى تلف أحد الألفين قبل أن يشترى بهما شيئاً (فأما)

معها صاعاً من تمر وإن كان علمه بالتصرية مع العقد ثم وقف على عيب آخر فوجهان خرجهما ابن أبي هريرة من تفريق الصفقة فتحصلنا في هذه المسألة على ثلاث طرق وفي الرونق جزم بردها وحكي في رد الصاع التمر معها قولين وهذه طريقة رابعة غريبة فهذه الأحوال الثلاثة اللاتي تقدم الوعد بذكرهن والحالة الرابعة وهي ما إذا كان اللبن باقيا سيأتي في كلام المصنف إن شاء الله تعالى *

﴿ فرع ﴾ إذا قلنا بأنه لا يرد تخريجا على أنه لا تفرق الصفقة فله الارش قاله البندنيجي في غير المصراة كما سيأتي إن شاء الله تعالى وقياسه أن يأتي هنا ﴿ فائدة ﴾ قال الجوزي : إن قال قائل إذا كان الصاع انما يرده بدلا للبن التصرية الذي تضمنه العقد فقد ردت العين مع قيمة النقص فهلا كان هذا أصلا لكل نقص عند المشتري أنه يرده وقيمة النقص (قيل) لأن المقصود في الشاة عينها واللبن تابع فقد رد العين بكمالها ورد قيمة التالف واذا أراد شيئا نقصت عينه لم يرد العين بكمالها لأن الكل مقصود ولو جاز أن يردها وقيمة النقص لجاز أن يرد قيمتها كلها إذا تلفت (فان قيل) كذا نفعل برد قيمتها كلها وإن تلفت وهو قول أبي ثور (قلنا) هذا تدفعه السنة لأنه قيل فهو بالخيار فيها إن شاء ردها وصاعا من تمر فانما جعل له الخيار في قيمتها والله أعلم *

﴿ فرع ﴾ إذا لم يعلم بالتصرية إلا بعد تلف الشاة تعين الارش وقد تقدم الآن عن أبي ثور أنه يرد قيمتها والله أعلم ﴿ فائدة ﴾ قول الغزالي رحمه الله فيما تقدم قريبا فهو في حكم وصف آخر لا يوجب زواله عيب الباقي بخلاف العيب الحادث قال ابن أبي الدم انه كذلك وصوابه أن يقول بخلاف أحد العبدين الباقين فان موت أحدهما يوجب في الباقي عيبا وهو تفرق الصفقة وليس للعيب الحادث ههنا حدث بل العيب يمنع الرد بالعيب القديم قال ولمتكلف أن يتكلف تصحيح كلامه بجواب بعيد فيقول مراده بالعيب الحادث الحاصل بتفرق الصفقة في أحد العينين بعد تلف العين الأخرى وهذا تكلف بعيد انتهى ولم يتعرض ابن الرفعة لهذا السؤال *

الصورة الثانية فالتوجيه فيها ماقدمناه أن الاعتبار بالبيع دون الشراء اذ ظهور الربح وصيرورة العرض نقدا يتعلق بالبيع *

﴿ فرع ﴾ مال القراض الف درهم واشترى بعينه ثوبا أو عبدا فتلف قبل التسليم بطل الشراء وارتفع القراض وان اشترى في الذمة قال في البويطي يرتفع القراض ويكون الشراء للعامل فمن الأصحاب من قال هذا إذا كان التلف قبل الشراء فان القراض والحالة هذه غير باق عند المشتري فينصرف الشراء إلى العامل (أما) إذا تلف بعد الشراء فالشراء للمالك فاذا تلف الألف المعد للثمن أبدله بألف آخر (وقال) ابن سريج يقع الشراء عن العامل سواء تلف الألف قبل الشراء أو بعده

* قال المصنف رحمه الله تعالى *

﴿ وان كان قيمة الصاع بقيمة الشاة أو أكثر ففيه وجهان (قال) أبو اسحق يجب عليه قيمة صاع بالحجاز لانا لو أوجبنا صاعاً بقيمة الشاة حصل للبائع الشاة وبدلها فوجب قيمة الصاع بالحجاز لأنه هو الأصل ومن أصحابنا من قال يلزمه الصاع وان كان بقيمة الشاة أو أكثر ولا يؤدى إلى الجمع بين الشاة و بدلها لأن الصاع ليس يبدل عن الشاة وانما هو بدل عن اللبن فجاز كما لو غصب عبداً فخصاه فانه يرد العبد مع قيمته ولا يكون ذلك جمعاً بين العبد وقيمته لأن القيمة بدل عن العضو المتلف ﴾ *

﴿ الشرح ﴾ هذا من بقية الكلام فى الحالة الأولى وهى ما إذا أراد رد المصراة بعد تلف اللبن وتقدم من المصنف رحمه الله اطلاق القول فى جنس الواجب و بينا الكلام فى مقداره وان من الأصحاب من أطلق حكاية الخلاف فى تفاوت المقدار ومنهم من خصص فمن المخصصين المصنف فيما ذكره هنا وهو إذا كانت قيمة الصاع الواجب قدر قيمة الشاة أو أكثر ففيه الوجهان اللذان حكاهما المصنف رحمه الله وممن حكاهما كذلك مثل ما حكى المصنف شيخه القاضى أبو الطيب لكنه فرض فيما إذا كان التمر يأتى على ثمن الشاه أو على الأكثر منه فهذا يقتضى أنه إذا كانت قيمة الصاع أقل من قيمة الشاة ولكنه يأتي على أكثرها أنه يجرى الوجهان وجوزت أن يكون ما وقفت عليه من تعليق أبى الطيب فيها زيادة لا يوافق كلام المصنف رحمه الله ابن الصباغ فى الشامل وهو كثير الاتباع للقاضى أبى الطيب وفرض المسئلة فيما إذا كانت قيمته قيمة الشاة أو أكثر من نصف قيمتها فحصل الوقوف بما فى تعليق أبي الطيب لأن الأكثر من ثمن الشاة هو ما زاد على نصفه وكذلك قال الرويانى والرافعي رحمهم الله أن منهم من خص هذا الوجه بما إذا زادت قيمة الصاع على نصف قيمة الشاة وقطع بوجوب الصاع إذا نقصت عن النصف هكذا حكاه الرافعى رضى الله عنه من غير تعيين وحكاه الروياني عن أبي اسحاق فهذه النقول متفقة على أن أبا اسحاق قائل بذلك فيما إذا زادت قيمة الصاع على نصف قيمة الشاة وقد حكى

وعليه الثمن و يرتفع القراض لأن اذنه ينصرف إلى التصرف فى ذلك الألف تعلق التصرف بعينه أم لا (فان قلنا) بالأول فرأس المال الف أو الفان فيه وجهان يحكى الثانى منهما عن أبى حنيفة (فان قلنا) بالأول فهو الالف الاول أو الثانى فيه وجهان تظهر فائدتهما عند اختلاف الألفين فى صفة الصحة وغيرها (وعن) مالك أن المالك بالخيار بين أن يدفع الفاً آخر و يكون هو رأس المال دون الأول و بين أن لا يدفع فيكون الشراء للعامل و يمكن أن يجعل هذا وجهاً للأصحاب تخريجاً من وجه ذكرناه فى باب مداينة العبيد مما إذا سلم إلى عبده الفاً ليتجر فيها فاشترى فى الذمة ليصرفه إلى الثمن فتلف

الامام عن العراقيين الوجهين وفرض المسئلة فيما لو بلغت قيمة الصاع قيمة الشاة أو زادت وذلك يوافق ما حكاه المصنف رحمه الله ثم حكى عن العراقيين أيضا أنه إن زادت قيمة الصاع على مثل نصف قيمة الشاة فالوجهان جاريان وليس فى شئ من ذلك مناقاة فان كلام المصنف رحمه الله ساكت عن حكم ما إذا زادت عن النصف ونقصت عن الشاة وكلام أبو الطيب ومن وافقه فيه زيادة بيان أن الخلاف فيها أيضا والقطع فيما إذا نقص عن النصف وقد تقدم عن بعضهم إطلاق حكاية الخلاف ولو كانت قيمة الصاع مثل نصف قيمة الشاة أو أقل وجب رده عند أبى اسحاق صرح به الشيخ أبو حامد وغيره وقال سليم انه لا خلاف فيه على المذهب وفى تعليق أبى حامد من طريق البندنيجى والمجرد منها ذكر الوجهين فى النصف كالاكثر وذكر العجلى فى كلامه على الوسيط والوجيز وجها بالتعديل أبدا أى أنه لا فرق بين أن يكون أقل من النصف أو أكثر وهذا هو الوجه الذى تقدمت حكايته عن الخراسانيين فى ذكرهم الخلاف على الاطلاق فى تفاوت ذلك بتفاوت اللبن و زيادة قيمة التمر على الشاة أو نصفها فرضوه فى بلد يكون التمر بها عزيزا كخراسان والوجهان فى المسئلة على هذا الوجه المخصوص مشهوران في طريقة العراقيين ولم يذكرها غيرهم الا من حكاها عنهم كالامام والغزالى ومن وافقهما وذكرها على الاطلاق كما تقدم لايعرف الا فى طريقة الخراسانيين والعلة التى ذكرها المصنف رحمه الله للوجه الاول انما تظهر فى الفرض الذى فرضه هو لافيما فرضه أبو الطيب وموافقوه ولعل المصنف رحمه الله انما عدل عن الصورة التى فرضها أبو الطيب لذلك حتى يصح استدلاله وفى كلام الامام تعليله بمعنى يمكن اطراده فيهما فانه قال ان الرسول ﷺ وان نص على الصاع من التمر فقد أفهمنا أنه مبذول فى مقابلة شىء فائت من المبيع يقع منه موقع التابع من المتبوع فينبغى أن لايتعدى على هذا حد التابع والغلو فى كل شىء مذموم وقد يغلو للمبيع للفظ الشارع فيقع فى مسلك أصحاب الظاهر ووجه الغزالى رحمه بأنا نعلم أنه عليه السلام قدره به لأنه وقع فى ذلك الوقت قريبا من قيمة اللبن المجتمع فى الضرع ولك أن تقول ان هذا يقتضى أن لايضبط ذلك بنصف

أنه يتخير السيد بين أن يدفع اليه ألفا آخر فيمضى العقد أو لا يدفع فيفسخ البائع العقد إلا أن ههنا يمكن صرف العقد إلى المباشر اذا لم يخرج المعقود له ألفا آخر وهناك لايمكن فيصار الى الفسخ وهذا الفرع قد ذكرنا طرفا منه هناك للحاجة والله أعلم *

﴿ الباب الثالث * فى التفاسخ والتنازع ﴾

قال ﴿ والقراض جائز ينفسخ بفسخ أحدهما * و بالموت * و بالجنون * كالوكالة فان انفسخ والمال

قيمة الشاة وانا إذا علمنا زيادة قيمة الصاع على ما فى زمان النبي صلى الله عليه وسلم لم نوجبه وعلة العراقيين سالمة عن هـذا السؤال لكن هذا يوافق الوجه الذاهب بأن الواجب من التمر بمقدار قيمة اللبن مطلقاً وسيأتى فى التفريع إيضاح لهذا إن شاء الله تعالى وممن نسب هذا الوجه إلى أبي إسحاق كما نسبه المصنف شيخه أبو الطيب والبندنيجي وسليم وابن الصباغ رحمهم الله وقال سليم انه أصح وهذا الوجه يرى أنه لايجب الصاع في هذه الحالة وسنذكر فى التفريع حقيقة مايوجبه ونتعرض فيه إلى لفظ المصنف إن شاء الله تعالى والوجه الثانى حكوه عن الأصحاب وهو الأصح وممن صححه الجرجانى والرافعي وابن أبي عصرون أنه يلزمه الصاع وان زادت قيمته على قيمة الشاة للحديث واطلاق نص الشافعى رضى الله عنه أيضاً يقتضي ذلك ولكنه غير مصرح به إنما صرح أنه لافرق بين أن يكثر اللبن أو يقل ولافرق بين أن تكون قيمته وقيمة اللبن سـواء أو متفاوتة كما تقدم عنه (وأما) قيمة الصاع مع قيمة الشاة فلم يتعرض لها فى ذلك الـكلام لـكن اطلاقه يقتضي ان لافرق أيضاً ولان الصاع بدل عن اللبن فلم يدل علي مساواته له فاذا لم تعتبر مساواته له فقدم اعتبار مساواته للشاة أولى وقد تقدم عن حكاية الشيخ أبي محمد أن ابن سريج مال إلى ذلك القول فلعله المراد ببعض الاصحاب هنا وقد أجاب المصنف عما تمسك به أبو إسحاق بما ذكره وهو حق والمسئلة التي استشهد بها فيما إذا غصب العبد وخصاه صحيحة على القول الجديد ان جراح العبد يتقدر من قيمته كجراح الحر من ديته فانه على هـذا يجب عليه كمال القيمة وعلى القديم وهو أنها لا تتقدر فالواجب مانقص من القيمة فان لم ينقص شيء فلا شيء عليه وان نقص وجب عليه ذلك النقص وهـذا مبين فى باب الغصب وقد يكون النقصان زائداً على نصف القيمة كما لو قطع يديه ورجليه ونقص من قيمته أكثر من النصف فانه على القديم صح الاستشهاد بهذه المسئلة أيضاً فانه يرده ويرد أكثر من نصف قيمته على القديم والقاضى أبو الطيب لم يستشهد بما ذكره المصنف رحمه الله وانما استشهد بما إذا باع سلعة بعبد قيمة كل منهما ألف ثم يزيد العبد فتبلغ قيمته ألفين ويجد المشترى فى السلعة عيباً فيردها ويسترجع العبد وقيمته ألفان وذلك قيمة الثمن والمثمن وما استشهد به المصنف رحمه الله تبع فيـه الشيخ أبا حامد وهو أولى لأن الزيادة هنا

ناض لم يخف أمره * وان كان عرضا فعلى العامل بيعه ان كان فيه ربح ليظهر نصيبه * وان لم يكن ربح فوجهان * مأخذ الوجوب أنه فى عهدته أن يرد كما أخذ * فان لم يكن ربح ورضى المالك به وقال العامل أبيعه لم يكن له ذلك الا اذا وجد زبونا يستفيد به الربح * ومهما باع العامل قدر رأس المال وجعله نقداً فالباقى مشترك بينهما وليس عليه بيعه * وان رد الى نقد ليس من جنس رأس المال لزمه الرد الى جنسه ﴾

في القيمة فقط والعين المسترده واحدة لم يسترجع معها شيئاً آخر ومسئلة الغصب استرجع مع العبد الناقص قيمته فكان نظير استرجاع الشاة التي ذهب لبنها مع صاع يساوى قيمتها وقد يقول للنتصر لأبي اسحاق أن الأصل في المصراة ضمان اللبن التالف ببدله علي قياس المتلفات لكن الشارع جعل الصاع بدلا لمافي ذلك من قطع النزاع مع قرب قيمة الصاع من قيمة اللبن في ذلك الوقت غالباً فأذا زادت قيمته على ذلك زيادة مفرطة فبعد إقامته بدلا عن لبن لايساوى جزءا منه يقع موقعا بخلاف ضمان مافات من العبد المغصوب فأن ذلك واجب متأصل (والجواب) عن هذا أن الشرع لماأوجب في لبن الغنم ولبن الأبل مع العلم بتفاوتها تفاوتا ظاهراً بدلا واحداً علم أن ذلك بدل في جميع الأحوال والشرع إذا أناط الأمور المضطربة بشئ منضبط لاينظر إلى ماقد يقع نادراً وإذا وقع ذلك النادر لا يلتفت اليه بل يجرى على الضابط الشرعى لاسيا والمشترى ههنا متمكن من الأمساك فأن أراد الرد فسبيله رد ماجعله الشرع بدلا (وقول) الامام أن الغلو مذموم (جوابه) أن المعنى إذا ظهر وسلم وجب اعتباره وإذا لم يسلم وجب اتباع اللفظ ولايسمى ذلك غلوا مذموما والمختص بأهل الظاهر الذى ذموا به هو التمسك باللفظ مع ظهور المعني وصحته بخلافه والعالم في الحقيقة هو الجامع بين اللفظ والمعنى والله أعلم * وقال صاحب الوافي فيما أجاب به المصنف عن قول أبي اسحاق بأن الصاع وإن كان قيمة اللبن الاأنه لم يكن مقصوداً وانما كان على سبيل التبع ولا يزيد على قيمة المتبوع الذى هو الشاة وهذا الكلام ليس بالقوي بالنسبة إلى ما تقدم ونقل الامام عن صاحب التقريب أنه قطع جوابه باعتبار قيمة الوسط في صورة الوجهين *

﴿ التفريع ﴾ ان قلنا بالأصح ووجوب الصاع للاتباع فلا إشكال (وان قلنا) بالوجه الأول وهو قول أبي إسحق أنه لا يجب الصاع في هذه الحالة فقد قال المصنف رحمه الله أنه يجب عليه قيمة صاع بالحجاز وهكذا قال جماعة من العراقيين والرافعى رحمه الله (وقال) القاضى أبو الطيب أنه يقوم بقيمة

الباب يتضمن فصلين (أحدهما) في فسخ القراض وفروعه والقراض جائز كالوكالة والشركة بل هو عينهما فانه وكالة في الابتداء وقد تصير شركة في الانتهاء فلكل واحد من المتعاقدين فسخه والخروج منه متى شاء ولا يحتاج فيه إلى حضور الآخر ورضاه (وعن) أبي حنيفة اعتبار الحضور كما ذكره في خيار الشرط وإذا مات أحدهما أو جن أو أغمى عليه انفسخ العقد ثم إذا فسخا أو أحدهما لم يكن للعامل أن يشترى بعده ثم ينظر إن كان المال ديناً فعلى العامل التقاضي والاستيفاء خلافا لأبي حنيفة حيث فرق بين أن يكون في المال ربح فيلزمه الاستيفاء أولا يكون فلا يلزمه (واحتج) الأصحاب بان الدين ملك ناقص وقد أخذ منه ملكا كاملا فليرد كما أخذ وإن لم يكن ديناً نظر ان كان نقداً

المدينة وهو أخص فان الحجاز يشمل مكة والمدينة واليمامة ومخاليفها كما فسره الشافعى والأصحاب رضى الله عنهم وذكره المصنف فى كتاب الجزية نسأل الله تعالى أن ييسر علينا الوصول إلى ذلك المكان فى خير وعافية (وقال) ابن الرفعة أن من أطلق الحجاز أراد المدينة كما قاله القاضى أبو الطيب لأن الخبر ورد فيها ويوافقه ما تقدم عن الماوردى أنه عند الاعواز يرجع إلى قيمة المدينة على أحد الوجهين هذا ما ذكره العراقيون على قول أبى إسحق (وأما) الامام فانه قال ان لم نر إيجاب الصاع فى هذه الصورة اعتبرنا القيمة الوسط للتمر بالحجاز واعتبرنا بحسب ذلك قيمة مثل ذلك الحيوان اللبون بالحجاز وإذا نحن فعلنا هكذا جرى الأمر فى المبذول على الحد المطلوب وهكذا الكلام من الامام فيه إجمال (وقال) الغزالي فى الوسيط على هذا الوجه يعدل بالقيمة فنقول قيمة شاة وسط وقيمة صاع وسط فى أكثر الأحوال (فان قيل) هو عشر الشاة مثلا أوجبنا من التمر ما هو قيمة عشر الشاة وكذلك قال ابن عبد السلام فى اختصاره للنهاية أنه يعتبر قيمة تلك المصراة بالحجاز والقيمة المتوسطة للتمر بالحجاز فتجب من التمر بهذه النسبة وكلام الامام المذكور كالظاهر فى هذا المعني وتنزيله عليه ولم يذكر الامام فى التفريع على الوجه الذى حكاه العراقيون فى هذه الصورة غير ذلك لأن الوجهين المذكورين على مقتضى نقله يتفرعان على أن الواجب هو الصاع وأما الوجه الآخر الذى حكاه فى صدر كلامه أن الواجب مقدار قيمة اللبن من التمر كيف كان فلم نذكره هنا لأنه قسيم الوجه الذى عليه يفرع فلذلك لم يذكر هنا إلا وجه التعديل وعبارته بعد ذلك فى لبن الجارية المصراة قدر قيمة اللبن من التمر أو القوت لايناقض ذلك لأن مقصوده به الوجه المذكور هناك فى صدر كلامه ولا يجيء عليه قول التعديل وقول الغزالى إذا قيل هو عشر الشاة مثلا أوجبنا من التمر ما هو قيمة عشر الشاة مراده — والله أعلم — بالشاة الأولى الشاة الوسط وبالشاة الثانية الشاة المصراة المبيعة مثاله إذا قيل قيمة الصاع الوسط فى الغالب درهم وقيمة شاة وسط فى الغالب عشرة وقيمة الشاة المبيعة خمسة فانا نوجب من الصاع نصف عشر مايساوى عشر قيمة

من جنس رأس المال ولا ربح أخذه المالك وان كان فيه ربح اقتسماه بحسب الشرط فان كان الحاصل فى يده مكسرة ورأس المال صحاح نظر ان وجد من يبدلها بالصحاح وزنا بوزن أبدلها وإلا باعها بغير جنسها من النقد واشترى بها الصحاح ويجوز أن يبيعها بعرض ويشترى به الصحاح فى أصح الوجهين (والثاني) لايجوز لأنه قد يتعوق عليه بيع العرض فان كان المال نقداً من غير جنس رأس المال أو عرضاً فله حالتان (إحداهما) أن يكون فيه ربح فعلى العامل بيعه إن طلبه المالك وله بيعه وإن أباه المالك وليس للعامل تأخير البيع إلى توسم رواج المتاع لأن حق المالك يعجل خلافا لمالك ولو قال للمالك تركت حقى لك ولا تكلفني البيع هل عليه فيه الاجابة فيه وجهان

الشاة كما إذا كان الصاع في ذلك الوقت مثلا بخمسة فنوجب منه عشره وهو يساوي نصف درهم وان كان الصاع في ذلك الوقت يساوي ثلاثة فوجب سدسه لأنه يساوي عشر قيمة هذه الشاة وهو نصف درهم إذا عرف ذلك فقد نقل الرافعي رحمه الله عن الامام أنه يعتبر القيمة الوسط للتمر بالحجاز وقيمة مثل ذلك الحيوان بالحجاز فاذا كان اللبن عشر الشاة مثلا أوجبنا من الصاع عشر قيمة الشاة ولم أر في النهاية إلا ما حكيته قبل ذلك من الكلام الذي فيه إجمال ونسبت الكلام الذي فيه إجمال إلى والكلام الذي بعده في الجارية وقد ثبت أنه لا تناقض بينهما وأن كلام الامام الأول منزل على ما قاله الغزالي وبين الغزالي والرافعي اختلاف فان الغزالي ينسب قيمة الصاع من قيمة الشاة فاذا كان قيمة الصاع عشر قيمة الشاة أوجب عشر الصاع وأول كلام الرافعي رضي الله عنه يقتضي ذلك لكن آخره يقتضي نسبة اللبن من قيمة الشاة فانه قال فاذا كان اللبن عشر الشاة مثلا أوجبنا من الصاع عشر قيمة الشاة واللبن لم يجر له ولا لتقويمه ذكر وإنما ذكر التمر فالوجه أن يقول فاذا كان التمر وقد جوزت أن يكون ذكر اللبن بدل التمر سهواً من ناسخ لكنه هكذا فيما وقفت عليه من النسخ وفي نسخ الروضة أيضاً فأول كلام الرافعي رضي الله عنه وآخره لا يلتئمان التئاماً ظاهراً إلا أن يكون المراد بقيمة اللبن على حذف مضاف ويكون المراد بقيمة اللبن التمر لأنه بدله وذلك تعسف على أنه يمكن أن يقال بالآخر فقط بأن يقوم اللبن وتقوم الشاة وينسب قيمة اللبن منها لكن صدر كلام الرافعي وكلام الامام يأبى ذلك ويقتضي تقويم التمر وأيضاً لا أعلم أحداً من الأصحاب قال بتقويم اللبن ثم ان كلام الرافعي والغزالي رحمهم الله متفقان على أنا بعد النسبة نوجب من الصاع ما اقتضته النسبة فنوجب في المثال المذكور أن يرد من الصاع تمراً يساوي عشر قيمة الشاة وذلك مخالف لما قاله جميع العراقيين من أن المردود فيه الصاع بالحجاز وبين الكلامين تفاوت ظاهر والظاهر من كلام العراقيين أنه لا يرد شيئاً من التمر قال ابن الرفعة وهو الأشبه بمذهب أبي اسحق فانه يرى أن الصاع من التمر أصل لأجل الخبر كيف كان الحال وأنه الواجب وما يوجد يكون بدلا عنه ولا يجوز أن يجعل بعض صاع بدلا عن صاع *

(أقربهما) المنع ليرد المال كما أخذه فان في التنضيض مشقة ومؤنة * ثم اختلفوا في مأخذ الوجهين وكيفية خروجهما (فمن) بان لهما على الخلاف في أنه متى يملك لربح (إن قلنا) بالظهور لم يلزم المالك قبول ملكه ولم يسقط به طلب البيع (وإن قلنا) بالقسمة فيجاب لأنه لم يبق له توقع فائدة فلا معنى لتكليفه تحمل مشقة (ومن) مفرع لهما أولا على أن حق العامل هل يسقط بالترك والاسقاط وهو مبني على أن الربح متى يملك (إن قلنا) بالظهور لم يسقط كسائر المملوكات (وإن قلنا) بالقسمة سقط على أصح الوجهين فانه ملك أن تملك فكان له العفو والاسقاط كالشفعة (فان قلنا) لا يسقط حقه بالترك

﴿ فرع ﴾ هو من تتمة الكلام فى ذلك * اشترى شاة بصاع تمر ثم أراد ردها بالتصرية ففيه وجهان حكاهما الماوردى فى الحاوى وغيره (أحدهما) وهو الأصح يردها ويرد معها صاعاً ولا اعتبار بزيادة الثمن ونقصه كما لا اعتبار بقلة اللبن وكثرته ولا يكون ذلك رباً لأن الربا فى العقود لا فى الفسوخ قال صاحب التتمة إلا أن ذلك سوء تدبير منه فى المال فيقتضى الحجر (قلت) ومتى فرض الأمر كذلك فينبغى امتناع الرد لأنه سفه كما تقدم لنا فيما إذا صارفه دراهم بدنانير على عينها وخرج ببعضها عيب كخشونة الفضة وقلنا بجواز التفريق (فان قلنا) الأجازة بكل الثمن قال القاضى أبو الطيب لم يكن له حظ فى رد المعيب لأنه سفه فنبقيه على ملكه أصلح له وقد تقدم ذلك وأن غير أبى الطيب يشعر كلامهم أنه يتعين العدول إلى قول الاجازة بالقسط قياس ذلك أن يتفقوا على امتناع الرد ورد الصاع ثم أما أن يمنع الرد مطلقاً وهو قياس قول أبى الطيب وأما أن يرجع إلى القول الآخر الذى سيأتى وهو قياس الاحتمال الآخر فى مسئلة الصرف فراجعه هناك (والوجه الثانى) فى هذا الفرع أنه يرد بقدر نقص التصرية من الثمن لأن الرد لاستدراك النقص فعلى هذا يقوم الشاة لو لم تكن مصراة فاذا قيل عشرة قومت مصراة فاذا قيل ثمانية علم أن نقص التصرية هو الخمس فيرد المشترى معها خمس الصاع الذى اشتراها به فهذا الوجه الذى فى هذه الصورة هو موافق لما قاله الغزالى والرافعى فتأيد ما قالاه به قال ابن الرفعة لا لأن ماقاله الغزالى فيما إذا ساوت قيمة الصاع قيمة الشاة لا الثمن وماذكره الماوردى فيما إذا ساوى الصاع الثمن و بينهما فرق لأن التمر قد يكون بقدر قيمة الشاه وقد يكون أكثر منها وقد يكون أقل نعم الغالب مقاربة الثمن للقيمة وهذا الوجه قائله ناظر فيه إلى الغلبة ومع هذا يصح أن تعضد الخلاف الذى ذكره الغزالى به وفى هذا الفرع وجه ثالث ذكره الجوزى أنه يرد الشاة وقيمة اللبن ذهباً أو ورقاً قياساً على ما إذا اشترى حلياً بمثله من الذهب ثم وجد به عيبا وحدث عنده عيب ووجه رابع مجزوم به فى تعليق الطبرى عن ابن أبى هريرة أنه يردها ولا شىء عليه *

لم يسقط بتركه المطالبة بالبيع (وان قلنا) يسقط ففيه خلاف سنذكره فى أنه هل يكلف البيع إذا لم يكن فى المال ربح ولو قال المالك لا تبع ونقتسم العروض بتقويم عدلين أو قال أعطيك نصيبك من الربح ناضاً ففى تمكن العامل من البيع وجهان بناهما قوم من الأصحاب على أن الربح متى يملك (إن قلنا) بالظهور فله البيع لأنه قد يجد زبوناً يشتريه بأكثر من قيمته (و إن قلنا) بالقسمة فلا لوصوله إلى حقه بما يقوله المالك وقطع الشيخ أبو حامد وغيره بالوجه الثانى وقالوا إذا غرس المستعير فى أرض العارية كان للمعير ان يتملكه عليه بالقيمة لأن الضرر يندفع عنه بأخذ القيمة فههنا أولى وحيث لزمه البيع قال الامام الذى قطع به المحققون إن مايلزمه بيعه وتنضيضه قدر رأس المال (أما)

﴿ فرع ﴾ هذا الذى تقدم من اعتبار قيمة الحجاز أو للدينة هو الذى ذكره أكثر العراقيين وقد تقدم عن الماوردى فيما إذا أعوز التمر حكاية وجه أنه يعتبر قيمة أقرب البلاد اليه تفريعاً على قول أبي اسحاق وقياس ذلك أن يأتي هنا فانه لا فرق بين أن يعوز التمر و بين أن يجوز له العدول إلى القيمة فاذا ضممت ذلك وما قاله الغزالى رحمه الله فى كلام المصنف رضى الله عنه حصل لك فى هذه المسئلة أعني مسئلة الكتاب أربع أوجه (أصحها) وجوب الصاع (الثانى) وجوب قيمته بالمدينة (الثالث) وجوب قيمته بأقرب البلاد اليه (الرابع) وجوب بعض صاع لمقتضى التوزيع ليس فى الفرع الذى قاله الماوردى الوجهان اللذان ذكرهما عند إمكان رد التمر وما حكيناه عن الجوزى وابن أبى هريرة وأما إن أعوز فسيأتي إن شاء الله تعالى *

﴿ فرع ﴾ إذا أوجبنا رد الصاع التمر فيما إذا اشتراها بتمر وهو الأصح فلو أنه رضى بها ثم أراد الاقالة قال القاضى حسين وصاحب التتمة ان قلنا الاقالة عقد فلا يجوز لأنه يلزمه أن يرد بدل اللبن تمراً فكأنه باع شاة وصاع تمر بتمر (وإن قلنا) الأقالة فسخ جاز لان الفسوخ لا ربا فيها (قلت) وهذا الخلاف فى الاقالة يأتى على كل من الوجهين اللذين حكاهما الماوردى وأما الذى حكاه الجوزى أنه يرد قيمة اللبن نقداً فيجوز سواء قلنا الاقالة بيع أو فسخ *

﴿ فرع ﴾ عن البندنيجى أنه يعتبر قيمة يوم الرد كرجل أقرض رجلا صاعاً من تمر بالحجاز ولقيه بخراسان له مطالبته بقيمة الحجاز يوم المطالبة وليس له مطالبته بالتمر كذا ههنا وكذلك يقتضيه كلام الشيخ أبى حامد (قلت) فلو فرضنا قيمة التمر يوم الرد بالحجاز كثيرة تزيد على نصف قيمة الشاة لغلاء سعر التمر ورخص الشاة فكيف الحال فى ذلك (يمكن) أن يقال يلزمه ذلك كما فى القرض ويمكن أن يقال يتعين التمر لأنه الأصل ولا فائدة فى العدول عنه وقد تقدم من كلام الامام أنه يعتبر القيمة الوسط وينبغي أن يحمل ذلك على الرسط من الانواع حتى يكون موافقاً لكلام البندنيجى لكن قول الغزالى فى أكثر الأحوال ظاهر بخلافه وأنه لا يعتبر وقت الرد وما قاله العراقيون أقل *

الزائد عليه فحكمه حكم عرض آخر يشترك فيه اثنان لا يكلف واحد منهما بيعه ثم مايبيعه بطلب المالك أو باذنه يبيعه بنقد البلد إن كان من جنس رأس المال و إن كان من غير جنسه باعه بما يرى المصلحة فيه من نقد البلد و رأس المال فان باعه بنقد البلد حصل به رأس المال (الثانية) إذا لم يكن فى المال ربح هل للمالك تكليفه البيع فيه وجهان (أحدهما) لا لأن غرض البيع أن يظهر الربح ليصل العامل إلى حقه منه فان لم يكن ربح وارتفع العقد لم يحسن تكليفه بيعاً بلا فائدة (وأظهرهما) نعم و به قال الشيخان أبي محمد وأبو على والقاضى حسين لأنه فى عهده أن يرد المال كما أخذ و إلا لزم

﴿ فرع ﴾ الذى يقول بإيجاب شيء من التمر فيما إذا اشترى شاة بصاع تمر وردها بالتصرية يقتضى التوزيع قال ابن الرفعة ليت شعرى ماذا يقول عند فقد التمر فليته قال والظاهر أنه يقول برد ما قتضاه التوزيع من القيمة وعلى ما ذكره العراقيون يكون الواجب قيمة صاع من تمر الحجاز كما سلف وتقدم وجه آخر عن الحاوى أنه يجب قيمة صاع تمر بأقرب بلاد التمر اليه (قلت) وماقاله أنه ظاهر متعين على هذا الوجه وحينئذ يكون في هذه الصورة أربعة أوجه (أصحها) إيجاب قيمة بعض الصاع بالمدينة (والثانى) قيمة الصاع بأقرب البلاد (والثالث) إيجاب قيمة بعض الصاع بالمدينة على ما اقتضاه التوزيع (والرابع) إيجاب بعض قيمة صاع بأقرب البلاد اليه وقد تقدم ماذكره الجوزى وابن أبى هريرة ﴿ فائدة ﴾ قول المصنف رحمه الله لأنه هو الأصل أى لأن التمر هو الأصل كذلك صرح به الشيخ أبو حامد فيحمل كلام المصنف عليه ويكون المعنى أن صاع التمر بالحجاز هو الاصل فاذا تعذر رده رجعنا الى قيمته بالحجاز كمن أقرض تمراً بالحجاز ولقيه بخرسان فطالبه بقيمة الحجاز *

﴿ فرع ﴾ رأيت فى شرح التنبيه لابن يونس أنه إذا أراد قيمة الصاع فإن نوجب فيه صاعا من تمر بالحجاز ويشبه أن يكون في النسخة تصحيف ولعله يوجب قيمة صاع والله أعلم *

﴿ فرع ﴾ تقدم فى جنس الواجب رده مع المصراة سبعة أوجه وفى مقداره أربعة أوجه (أصحها) صاع تمر (والثانى) بقدر قيمة التمر (والثالث) إن زاد الصاع فيما يقتضيه التعديل والا وجب الصاع (والرابع) إن زاد فالواجب القيمة بالحجاز والا فالواجب الصاع ولم يقل أحد فيما أعلمه أنه إن زاد الصاع فالواجب قيمة الصاع من التمر والا وجب التمر فاذا خلطت الأوجه بعضها ببعض وجمعتها حصل لك فيما ترده مع المصراة خمسة وعشرون وجهاً من ضرب الاربعة فى ستة (وأما) السابع وهو ما حكاه أبو محمد فلا يأتى خلاف فى المقدار فيه وترتيبها هكذا (أصحها) أن الواجب صاع من تمر مطلقا كثر اللبن أو قل زادت قيمته أو نقصت (الثاني) صاع من القوت الغالب (الثالث) صاع على التخيير بين الاقوات ماعدا

المالك في رده إلي ما كان كلفة ومؤنة وهل للعامل بيعها إذا رضى المالك بامساكها حكى الامام فيه وجهين (وجه) المنع لأنه كلناه شغلا بلا فائدة (ووجه) الآخر أنه قد يجد زبوناً يشتريه بزيادة وهذا ماذكره عامة الأصحاب وقالوا له أن يبيع إذا توقع ربحاً بأن ظفر بسوق أو راغب (ورأى) الامام تفصيلا فيه وهو أنه ليس له البيع بما يساويه بعد الفسخ جزماً وبيعه بأكثر مما يساويه عند الظفر بزبون محتمل لأنه ليس ربحاً فى التحقيق وإنما هو رزق مساق إلى مالك العروض (وإذا قلنا) ليس للعامل البيع إذا أراد المالك امساك العروض واتفقا على أخذ المالك العروض ثم ظهر ربح بارتفاع السوق فهل للعامل نصيب فيه لحصوله بكسبه أم لا لظهوره بعد الفسخ فيه وجهان (أظهرهما) الثانى (وقوله) فى

الاقط (الرابع) التمر أو ماهو أعلى منه (الخامس) التمر أز غالب قوت البلد (السادس) لوكان التمر موجوداً فصاع منه والافصاع من الغالب فهذه ستة ومثلها أن الواجب بقيمة اللبن من هذه الاشياء على الخلاف فيها صارت اثنى عشر وستة إن زادت قيمة الصاع على الشاة أو نصفها فالواجب مايقتضيه التعديل من هذه الاشياء الستة على الخلاف فيها وان لم تزد فالواجب الصاع من الامور المذكورة فهذه ثمانية عشر وستة انه إن زادت قيمة الصاع فالواجب قيمته والا فهذه الاشياء الستة على الخلاف والخامس والعشرون ماحكاه الشيخ أبو محمد من الجرى على قياس المضمونات وهو أضعفها ولا يمكن أخذه مع الاربعة والله أعلم *

﴿ فرع ﴾ فان كان باع الشاة المصراة بصاع من تمر فيجيء فيها بمقتضى التركيب ثمانية وعشرون وجها هذه الخمسة والعشرون المذكورة وثلاثة أخرى (أحدها) أنه يجب من الصاع بقدر نقص التصرية من التمر (والثانى) يرد قيمة اللبن ذهباً أو فضة (والثالث) يردها ولا شيء عليه فقد تقدم ذلك * واعلم أن تركيب هذه الوجوه ذكر لستفاد و يعرف كيفية النظر فى ذلك ولكن إثباتها الذلك متوقف على أن كل واحد من أصحاب الوجود قائل بالوجوه التى تركب معها حتى يصح التركيب وقد فعل الاصحاب مثل ذلك فى مواضع والله أعلم *

* قال المصنف رحمه الله *

﴿وان كان ماحلب من اللبن باقيا فأراد رده ففيه وجهان (قال) أبو اسحق لايجبر البائع على أخذه لانه صار بالحلب ناقصا لانه يسرع اليه التغير فلا يجبر على أخذه (ومن) أصحابنا من قال يجبر لأن نقصانه حصل لمعنى يستعلم به العيب فلم يمنع الرد ولانه لولم يجز رده لنقصانه بالحلب لم يجز إفراد الشاة بالرد لأنه افراد بعض المعقود عليه بالرد فلما جاز ذلك ههنا ـ وان لم يجز فى سائر المواضع ـ جاز رد اللبن ههنا مع نقصانه ـ بالحلب وان لم يجز فى سائر المواضع ـ﴾

الكتاب و إن رد إلى نقد لا من جنس رأس المال لزمه الرد إلى جنسه غير خاف مما أدرجناه فى أثناء الكلام ثم انه يشمل ما إذا كان عند الفسخ نقداً من غير جنس رأس المال وكان الرد اليه بعد الفسخ *

﴿ فرع ﴾ كما يرتفع القراض بقول المالك فسخته يرتفع بقوله للعامل لاتتصرف بعد هذا وباسترجاع المال منه ولو باع المالك ما اشتراه العامل بالقراض فينعزل العامل كما لو باع الموكل ماوكل ببيعه ينعزل الوكيل أولا ينعزل و يكون ذلك اعانة له فيه وجهان (أشبههما) الثانى ولو حبس العامل ومنعه من التصرف أو قال لاقراض بيننا ففى انعزاله وجهان (أشهرهما) أنه لاينعزل أيضاً ذكرهما أبو العباس الروياني فى الجرجانيات *

﴿ الشرح ﴾ هذه الحالة الرابعة من أحوال رد المصراة وهى إذا أراد ردها بعد الحلب واللبن باق وهذا على قسمين (أحدهما) أن يكون قد حمض وتغير فلا خلاف أن البائع لايكلف أخذه (والثاني) أن لايكون كذلك وهى صورة الكتاب ففيها وجهان (أحدهما) وهو قول أبي إسحق أنه لايجب على البائع أخذه لما ذكره المصنف رحمه الله وفيه تنبيه على أنه ليس من شرط المسئلة أن يأتى عليه زمان بل لو كان عقب الحلب لم يجب أخذه لأنه صار يسرع اليه التغير فنقص عما كان فى الضرع وقول المصنف رحمه الله بعد ذلك فلا يجبر على أخذه تأكيد لأنه قد ذكر ذلك أولا و يمكن تعليل هذا الوجه أيضاً بأن اللبن الموجود عند العقد الذى يستحق بدله اختلط باللبن الحادث المختص بالمشترى فاذا سمح به لايجبر البائع على قبوله وهذا قد يخدشه الخلاف المذكور فى الأخبار فى مسألة اختلاط الثمار ومسئلة النعل ومسئلة الحنطة المختلطة فيكون الاقتصار على العلة الأولى أولى (وقد يقال) أنه لايصار إلى الأخبار فى المسائل المذكورة إلا للضرورة ألا ترى أن النعل إذا لم يكن نزعه معيباً فلم ينزعه لايجب قبوله وههنا لاضرورة تدعو إلى قبول اللبن لامكان رد التمر الذى قدره الشرع وممن صحح هذا الوجه ابن ابى عصرون والرافعى رضى الله عنهما وقال الروياني فى البحر إنه الأصح عند جمهور أصحابنا و به جزم الماوردى (والوجه الثانى) أنه يجب على البائع قبوله و يجبر عليه لما ذكره المصنف والاعتذار بكون ذلك لاستعلام العيب وهو الذى ذكره القاضى أبو الطيب مستمر على الأظهر من القولين فى تلك المسئلة كأنه إذا كسر منه قدر مايفرق به العيب يرده قهراً وقاسوه على مسئلة المصراة هذا والقول الثانى فى تلك المسئلة بمسئلة المصراة التى قاسوا عليها رد الشاة بدون اللبن فانه جائز قولا واحداً مع النقصان الذى حصل فيها بالحلب لأجل أن ذلك لاستعلام عيب الشاة وليس مرادهم مسئلة اللبن التى فيها إذ لايحسن تخريج قول على وجه وحينئذ فمسئلة اللبن هذه فرد من أفراد تلك المسائل المستندة إلى رد المصراة بعد نقصها بالحلب (الثانى) أنه إذا كان النقص الذى يستقل به العيب غير مانع على الاظهر من القولين فى تلك المسائل و بلا خلاف فى رد الشاة نفسها بعد الحلب فلم لا كان هنا فى رد اللبن كذلك ؟ ولم حكم الجمهور

قال ﴿ ولومات المالك فلوارثه مطالبة العامل بالتنضيض * وله أن يجدد العقد معه ان كان المال نقداً * وإن كان فى المال ربح أخذ بقدر حصته من ربحه عند القسمة * والباقى يتبع فيه موجب الشرط * وإن كان عرضاً ففى جواز التقرير عليه وجهان * ووجه الجواز أنه قد ظهر رأس المال وجنسه من قبل فلم يوجد علة اشتراط النقدية ههنا * وان مات العامل لم يجز تقرير وارثه على العرض فانه ما اشتراه بنفسه فيكون كلا عليه * نعم ان كان نقداً فهل ينعقد القراض معه بلفظ التقرير فيه وجهان ﴾ *

بأن الصحيح عدم الاجبار؟ (فالجواب) أن اللبن لم يظهر فيه عيب قديم يقتضي رده بخلاف الشاة وما لا يوقف على عيبه إلا بكسره فانه مشتمل على عيب قديم بسببه يرد فنقصه لاستعلام عيبه واللبن نقصه لاستعلام عيب غيره وهو الشاة والحاقه بما نقصه لاستعلام عيبه يحتاج إلى بيان والتمييز بين النوعين كاف في الفرق (وأيضا) النقص لاستعلام العيب لو قلنا بأنه يمنع فى غير هذا الموضع لأدى إلى بطلان رد المعيب وههنا لا يؤدى إلى ذلك لان الشرع جعل اللبن بدلا يرده مع الشاة المعيبة واللبن ليس بمعيب فلا يلزم من اغتفاره فى محل الضرورة اغتفاره حيث لا ضرورة (الثالث) أنا على القول بالرد فيما نقصت قيمته بكسره نقول بأنه يغرم الارش على قول وان كان الاظهر خلافه وأما ههنا على الوجه بأن له رد اللبن لا نعلم أحداً قال بأن المشترى يغرم مع ذلك تفاوت مابين قيمة اللبن فى الضرع وقيمته محلوبا وهذا يحرك لنا بحثا وهو أن التمر يتقسط على الشاة واللبن الذى فى ضرعها كما تقدم وذلك باعتبار قيمتيهما فهل تعتبر قيمة اللبن فى الضرع أو بعد الحلب (وقد) يقال انه فى الضرع لا يمكن تقويمه كالحمل فى البطن لكنا إذا كنا نعلم أنه بعد الحلب أنقص مما فى الضرع وحين المقابلة كان فى الضرع والمعتبر فى التقسيط وقت العقد فهذا البحث حركته لننظر فيه فان كان يعتبر قيمته فى الضرع و بالحلب ينقص عن ذلك فكان قياس ذلك الوجه إيجاب الارش ولا أعلم من قال به وان كان يعتبر قيمته بعد الحلب فلا نقص حينئذ ولا يحتاج أن يعتذر بأنه نقص حدث لاستعلام العيب (الرابع) انا إذا قلنا بأن للمشترى رد اللبن فهل له إمساكه ورد الشاة (قال) صاحب التتمة إن كان قد أمسكها زمانا يحدث فى مثله لبن لا يكلف الرد لأن الحادث بعد العقد ملكه فلا يلزمه رده وان حلب عقيب الشراء وقلنا على البائع قبول اللبن لأنه عين حقه فعلي المشترى رده إذا أراد الفسخ وليس له رد البدل لأن حقه فى يده (الخامس) أن القائل بأن له ههنا أن يرد اللبن هل ذلك بطريق الفسخ كما لو اشترى عينين فوجد باحداهما عيبا فان له أن يرد الجميع إن كان كذلك فينبغي عند هذا القائل انه إذا أراد إمساك اللبن ورد الشاة يجرى فيها الخلاف فيما إذا أراد أن يفرد إحدى العينين بالرد فعلى قول يمتنع عليها

ذكرنا أن القراض ينفسخ بالموت واذا مات المالك والمال ناض لا ربح فيه أخذه الوارث وان كان فيه ربح اقتسماه وان كان عرضا فالمطالبة بالبيع والتنضيض كما فى حالة حصول الفسخ فى حياتهما وللعامل البيع ههنا حيث كان له البيع هناك ولا يحتاج الى اذن الوارث اكتفاء باذن من تلقى الوارث الملك عنه بخلاف ما إذا مات العامل حيث لا يتمكن وارثه من البيع دون إذن المالك فانه لم يرض بتصرفه وفى التتمة وجه أن العامل أيضا لا يبيع إلا باذن وارث المالك والمشهور الأول ويجرى الخلاف فى استيفائه الديون بغير إذن الوارث ولو أراد الاستمرار على العقد فان كان المال ناضا فلهما

الافراد بالرد وهو يوافق ما تقدم عن صاحب التتمة عند عدم اختلاط اللبن بابن جديد وعلى قول لا يمتنع وان لم يكن بطريق الفسخ فبماذا يجبر البائع على قبوله وحقه في التمر واللبن على ملك المشترى بمقتضى العقد فتلخص أن صاحب هذا الوجه يلزمه أن يوجب رد اللبن عند بقائه وهو خلاف ظاهر الحديث (السادس) أن رد اللبن هل يكون حكمه حكم رد المصراة إذا قلنا الخيار فيها على الفور حتى لو أخر بطل اجبار البائع عليه ويقتصر علي رد الشاة أو نقول رد الشاة على الفور واللبن إلى خيرة المشترى لم أر فى ذلك نقلا وهو يلتفت على ما تقدم من البحث فى أن ذلك هل هو بطريق الفسخ أولا فان كان بطريق الفسخ كان على الفور وكل هذه التفريعات المضطربة سببها ضعف هذا الوجه القائل بأن له رد اللبن قهراً (السابع) قول المصنف رحمه الله ولأنه لو لم يجز الرد إلى آخره هو الدليل الثانى فى كلامه الذى وعدت بالكلام عليه وهو دليل مستقل غير ناظر إلى أن النقصان لأجل الاستعلام أولا و بهذا يخالف ما قدمته من أن هذه المسألة ومسألة مالا يوقف على عيبه إلا بكسره جميعاً يرجعان إلى مسألة رد المصراة مع نقصها بالحلب وهذا الدليل الذى ذكره المصنف رحمه الله غير ذلك لأنه جعل امتناع رد اللبن مستلزماً لامتناع أفراد الشاة بالرد وعلل الأول بالنقص بالحلب والثانى بأنه إفراد بعض المعقود عليه وذلك غير النقص بالحلب فلم يحصل الجمع بينهما به وانما مقصوده قياس النقصان بالحلب على النقصان بالأفراد فان أفراد بعض المعقود عليه نقص وسكت المصنف رحمه الله عن ذلك لوضوحه ولذكره فى موضع آخر وهو ما إذا اشترى عينين صفقة واحدة فانه لايجوز أفراد أحدهما بالرد إما جزماً إذا كان العيب بهما أو على الأظهر إذا كان بأحدهما واذا كان إفراد بعض المعقود عليه نقصا فلو امتنع رد اللبن بنقصانه بالحلب لامتنع افراد الشاة لنقصانها بالافراد والجامع بينهما مطلق النقصان فلما جاز رد الشاة ههنا وافرادها عن اللبن اتفاقا ولم يجعل النقصان بالأفراد مانعا — وان كان مانعا فى سائر المواضع — وجب أن يجوز رد اللبن ولا يجعل النقصان بالحلب مانعا — وان كان مانعا فى سائر المواضع — هذا تقرير هذا الدليل ولا بد من الجواب عنه إذ الأصح فى المذهب خلافه (وطريق) الجواب أن الاصل أن النقص مانع ولا يلزم من مخالفة الأصل فى موضع مخالفته فى كل

ذلك بأن يستأنفا عقداً بشرطه ولا بأس بوقوعه قبل القسمة لجواز القراض على المشاع وكذلك يجوز القراض مع الشريك بشرط أن لايشاركه فى اليد ويكون للعامل ربح نصيبه ويتضاربان فى ربح نصيب الآخر وهل ينعقد بلفظ الترك والتقرير بأن يقول الوارث أو القائم بأمره تركتك أو أقررتك على ما كنت عليه فيه وجهان (أحدهما) و به قال الشيخ أبو محمد لا لأن العقد السابق قد ارتفع وهذا ابتداء عقد فلا بد من إذن صالح للابتداء والتقرير يشعر بالاستدامة (وأظهرهما) عند الامام نعم لفهم المعني وقد يستعمل التقرير لانشاء عقد علي موجب العقد السابق وليكن الوجهان مفرعان على أن

موضع الا أن يتبين أن المعني الذي استثني لاجله نقصان افراد الشاة بالرد عن سائر مواضع الافراد موجود في النقصان بالحلب ههنا حتى يستثنى عن سائر مواضع النقص وصحة القياس متوقفة على ثبوت ذلك وهو غير بين (الثامن) أن الاصحاب أطبقوا على حكاية الوجهين كما حكاهما المصنف رحمه الله وكلام الشيخ أبي حامد يقتضي حكاية الوجهين عن أبي اسحق ولذلك الروياني قال أن أبا اسحق أشار في الشرح الى وجهين والمصنف وابن الصباغ جعل القول بعدم الاجبار قول أبي اسحق وكلام أبي الطيب محتمل لما قاله أبو حامد ولما قاله المصنف فانه قال لا يجبر عليه ذكره أبو اسحق في الشرح وقال لأنه صار معيباً وفيه وجه آخر أنه يجوز و بقية الاصحاب يذكرون الوجهين غير منسوبين والجمع بين ذلك كله أن أبا اسحق ذكر في شرحه الوجه الذي اختاره والوجه الآخر (التاسع) أن هذا كله في رده على جهة القهر أما لو تراضيا على ذلك قال الماوردي والروياني في البحر جاز وقد تقدم ذلك عن البغوي والرافعي رحمهما الله أنه لاخلاف فيه ونبهت هناك أنه هل هو من باب الاعتياض أو من باب الرد بالفسخ وان ابن المنذر خالف فيه ومقتضى كلامه المخالفة ههنا وهو أحد قولي المالكية وان ابن المنذر جعله من باب الاعتياض وذكرت بحثا هناك يقتضي أنه ليس كذلك وأنه يجوز فلينظر ذلك البحث هناك في فرع عند شرح قول المصنف «وان أجاز رد المصراة رد بدل اللبن» *

﴿ فرع ﴾ قسم المرعشي العيب الحادث عند المشتري إلى قسمين (أحدهما) المصراة يردها ناقصة عما أخذت عليه من كون اللبن في ضرعها وما سوى المصراة ثلاثة أضرب (أحدها) يرد قولا واحداً كالعنب والخيار يغمزه بعود أو حديدة فيتبين أنه مر (والثاني) فيه قولا كالثوب يقطع ثم يعلم عيبه (والثالث) ثلاثة أقوال إذا كسرنا لانوقف على عيبه إلا بكسره وسيأتي ذلك إن شاء الله تعالى في الرد بالعيب وفيه توقف نذكره هناك إن شاء الله تعالى *

﴿ فرع ﴾ إذا اشترى شاة وجز صوفها ثم وجد بها عيباً إن كان الجز لاستعلام العيب لم يمتنع الرد وجرى مجرى الحلب *

هذه العقود لاتنعقد بالكنايات فينبغي أن يجزم بالوجه الثاني و إن كان المال عروضاً ففي جواز تقريره على القراض وجهان (عن) أبي اسحق أنه جائز لأنه استصحاب قراض فيظهر في جنس رأس المال (والأظهر) المنع لأن القراض الأول قد ارتفع فلو وجد قراض آخر لكان قراضاً مستأنفاً وحينئذ يمتنع إيراده على العروض والأول ظاهر لفظه في المختصر لكن القائلين بالثاني حملوه على ما إذا كان المال ناضاً أواستأنفاء تداً (والأشبه) أن يختص الوجهان بلفظ الترك والتقرير ولا يتسامح باستعمال الالفاظ

* قال المصنف رحمه الله تعالى *

﴿ وان اشترى جارية مصراة ففيه أربعة أوجه (أحدها) أنه يردها ويرد معها صاعاً لأنه يقصد لبنها فثبت بالتدليس له فيه الخيار والصاع كا شاة (والثانى) أنه يردها لأن لبنها يقصد لتربية الولد ولم يسلم له ذلك فثبت له الرد ولا يرد بدله لأنه لايباع ولا يقصد بالعوض (والثالث) لايردها لأن الجارية لايقصد فى العادة إلا عينها دون لبنها (والرابع) لايردها ويرجع بالأرش لأنه لايمكن ردها مع عوض اللبن لأنه ليس للبنها عوض مقصود ولايمكن ردها من غير عوض لأنه يؤدي إلى إسقاط حق البائع من لبنها من غير بدل ولا يمكن إجبار المبتاع على إمساكها بالثمن المسمى لأنه لم يبذل الثمن إلا ليسلم له مادلس به من اللبن فوجب أن يرجع على البائع بالأرش كما لو وجد بالمبيع عيباً وحدث عنده عيب ﴾ *

﴿ الشرح ﴾ الكلام فى هذا الفصل والفصل الذى بعده يحتاج إلى أصل وهو أن المنصوص عليه فى كلام الشافعى رحمه الله حكم الابل والغنم والبقر والصحيح المشهور أنه يعم جميع الحيوانات المأكولة والمصرح به من ذلك فى الحديث هو الابل والغنم (وكثير) من الأصحاب يجعلون حكم البقر ثابتاً بالقياس وبه يشعر كلام الشافعى رحمه الله فى المختصر (ومنهم) من يأخذه من النص في الحديث الذي لفظه «من اشترى مصراة» فانه عام وقد تقدم ذلك واتفقوا على إثبات الحكم فى البقر إما بالنص واما بالقياس فان القياس فيها ظاهر جلى وهى فى معني الابل والغنم فلذلك اتفقوا على ثبوت الحكم فيها أما ماعدا ذلك من الحيوانات كالجارية والأتان فلا يظهر فيهما أنهما فى معنى الأصل المنصوص عليه وعقد المصنف رحمه الله هذا الفصل والذى بعده للكلام فيهما والذى تجرى احكام المصراة عليهما فطريقه في ذلك أما القياس وان كان ليس فى الجلاء والظهور كالاول وأما إدراجها فى عموم قوله «من اشترى مصراة» والذى لاتجرى عليهما أحكام المصراة طريقه قطع القياس ويتبين أنهما غير داخلين فى عموم قوله مصراة (إما) أن الاسم غير صادق عليهما عند الاطلاق (واما) باخراجهما من اللفظ بدليل (وقد) يقال إن

التى تستعمل فى الابتداء ثم حكي الامام فيما إذا فسخ القراض فى الحياة طريقة طاردة للوجهين وأخرى قاطعة بالمنع وهو الأشهر وعليها يضعف وجه جواز التقرير بعد الموت وهذا إذا مات المالك وإن مات العامل واحتيج إلى البيع والتنضيض فان إذن المالك لوارث العامل فيه فذاك وإلا تولاه منصوب من جهة الحاكم ولا يجوز تقرير وارثه على القراض إن كان المال عرضاً ولا يخرج على الوجهين المذكورين فى موت المالك وفرقوا بينهما بوجهين (أحدهما) أن ركن القراض من جانب العامل عمله وقد فات بفواته ومن جانب المالك المال وهو باق بعينه انتقل إلى الوارث (والثانى) وهو

من جملة مايدل على إخراج الجارية قوله فى الحديث «بعد أن يحلبها» فان ذلك يقتضى قصر الحكم على مايصدق عليه اسم الحلب وفى إطلاق الحلب على الجارية نظر (واعلم) أن قاعدة مذهب الشافعى رضى الله عنه كما ذكره الامام يدل أن ثبوت الخيار فى المصراة جار على القياس واذا كان كذلك فيسوغ إلحاق غير المنصوص عليه بالمنصوص والمصنف رحمه الله وكثير من الاصحاب لم يذكروا الحديث الذى فيه صيغة العموم وانما ذكروا النص فى الابل والغنم وكان ماسوى المنصوص عليه على قسمين (قسم) التصرية موجودة فيه فى غير الابل والغنم (وقسم) فيه معنى يشبه التصرية فذكر المصنف رحمه الله الجارية فى هذا الفصل والاتان فى الذى بعده لأنهما ملحقان عند من يقول بالالحاق بالابل والغنم لشمول التصرية بالجميع وذلك بعد تجعيد شعر الجارية ولأنه ملحق بالتصرية فلذلك أخره وله مراتب فى الظهور كتجعيد الشعر فيلحق والخفاء كنقطة من المداد على ثوب العبد فلا يلحق وبين ذلك ففيه خلاف ونذكر هذه المراتب إن شاء الله تعالى عند كلام المصنف فى تجعيد شعر الجارية وذكر الماوردى وجهين فى التصرية فى غير الابل والبقر والغنم فأحد الوجهين وهو قول البصريين أنها ليست بعيب (والثانى) وهو قول البغداديين أن التصرية فى كل الحيوان عيب (وأما) تصرية الجارية الذى هو محل كلام المصنف هنا فقال الامام إن الخلاف فيه ليس من النمط المذكور فان التلبيس بالتصرية فى الجارية كالتلبيس بالتصرية فى البهيمة وانما نشأ الخلاف من أصل آخر وهو أن الاصل فى خيار الخلف أن يترتب على الشرط والفعل الموهم المدلس الخلف بالشرط وهو دونه ويقوى أثره فيما يظهر توجه القصد اليه فاما مالا يتوجه القصد اليه فلا يظهر التلبيس فيه قال ويمكن أن يقال هذا مع التقريب يلتحق بما قدمناه من مواقع الخلاف يعنى من المرتبة التى بين الظهور والخفاء كما أشرنا اليه من قبل فان الشيء إذا كان لايقصد مما يجرى من تلبيس فيه وفاقا لاتوهم ويمكن أن يقرب مما تقدم من وجه آخر وهو أن الضرع والاحلاف يعتاد معاينتها ويدرك الفرق فيها وليس كذلك الثدى فى بنات آدم فان المشاهدة لاتتعلق غالباً به وغرضنا تخريج الوفاق والخلاف على أصول ضابطة انتهى ومقصود

المذكور فى الكتاب أن العامل هو الذى اشترى العروض والظاهر أنه لايشترى إلا مايسهل عليه بيعه وترويجه وهذا المعنى لايؤثر فيه موت المالك وإذا مات العامل فربما كانت العروض كلا على وارثه لأنه لم يشترها ولم يختبرها وإن كان المال ناضاً فلهما الاستمرار بعقد منشأ وفى لفظ التقرير الوجهان السابقان وهما كالوجهين فى أن الوصية بالزائد على الثلث إذا جعلناها ابتداء عطية هل تنفض بلفظ الاجازة ويجريان أيضاً فيما إذا انفسخ البيع الجارى بينهما ثم أرادا إعادته فقال البائع قررتك على موجب العقد الأول وقبل صاحبه وفى مثله من النكاح لايعتبر ذلك وللامام احتمال فيه لجريان لفظ

الامام بذلك أن الثدى إذا كان لايرى غالباً ولا يحصل فيه قصد التغرير غالباً فلم يتحقق كضرع الناقة والشاة الذى هو مرىء الغالب ومقصوده بما قاله أولا من أن لبن الجارية غير مقصود أى في الغالب لانه لايقصد إلا على ندور لاجل الحضانة فلا يلتحق بما هو مقصود فى كل الاحوال ولذلك لم يغتر برؤية الحلمة وهو الثدى إذا عرف ذلك فهل التصرية فى الجارية عيب أم لا على وجهين على ماتقدم عن الماوردى (وقال) الشيخ أبو حامد أنه لاخلاف أنها عيب لأمرين (أحدهما) الرغبة فى رضاع الولد (والثانى) أن كثرة اللبن تحسن الثدى لأنه يعلو ولا يسترسل هكذا قال أبو حامد ولكن غيره مصرح بالخلاف فى ذلك وشبهوه على أحد الوجهين بما إذا اشترى جارية فبانت اخته فلا خيار لأن الوطء فى ملك اليمين غير مقصود إذا عرف ذلك فقد ذكر المصنف أربعة أوجه أصلها وجهان وقيل قولان (أحدهما) أنه يرد معها صاعاً لما ذكره المصنف وهذا قول ابن سريج وابن سلمة فيما حكاه الجوزى (والآخر) يردها ولايرد بدل اللبن لأنه لايعتاض عنه في الغالب وإن كان متقوما وهذا معني المصنف رحمه الله أنه لايقصد بالعوض ولم يرد أنه لا يباع منفرداً لان مذهبنا جواز بيعه وهذا الوجه ذكره الصيدلانى وغيره على ماحكاه الامام وكلا الوجهين مذكور فى الحاوى وفيما علقه سليم عن أبي حامد (والوجه الثانى) أنه لايرد وهذا قول أبى حفص ابن الوكيل على ما يقتضيه كلام الجوزى وعلى هذا فوجهان (أحدها) وهو الثالث فى كلام المصنف رحمه الله أنه لايرد أى ولا شىء له لما ذكره المصنف رحمه الله وهذا الوجه لم يذكره الرافعى ولكن ذكره القاضى أبو الطيب والقاضى حسين والماوردى وغيرهم وهو مفرع على أن التصرية فى ذلك ليست بعيب (والآخر) وهو الرابع فى كلام المصنف أنه لايرد ويرجع بالأرش وصححه ابن أبى عصرون تفريعاً على القول بعدم الرد واختلف فى مأخذه فالشيخ أبو حامد ذكره فيما علقه البندنيجى عنه من قوله أنه لا خلاف فى أنها عيب إلى مستدلا بما ذكره المصنف وهو حسن واستدل لأنه لا يمكن ردها من غير عوض بأنها نقصت عنده فهذا الوجه بهذا التعليل مع الوجهين الأولين ثلاثتها مفرعة على القولين بأن التصرية فى ذلك عيب

النكاح مع التقرير (وقوله) فى الكتاب فان كان فى المال ربح أخذ بقدر حصته من ربحه عند القسمة والباقى يتبع فيه موجب الشرط (مثاله) إذا كان رأس المال الموروث مائة وربح عليه مائتين وجدد الوارث العقد على النصف كما كان من غير أن يقتسما فرأس المال للوارث مائتان من الثلاثمائة والمائة الباقية للعامل فعند القسمة يأخذها بقسطها من الربح ويأخذ الوارث رأس المال مائتين ويقتسمان مابقى (وقوله) ولم يوجد عليه اشتراط النقدية ههنا أى لايعتبر فى التقرير كونه نقداً بخلاف مافى الابتداء لما مر (وقوله) وهل ينعقد القراض معه بلفظ التقرير فيه وجهان أشار به إلى أن تجديد العقد

ولذلك ذكرها الشيخ أبو حامد مفرقة فى التعليقين ونقل الروياني عن الدارمى أنه علي القول بأنه ليس بعيب فانه يرجع بالأرش وغلطه قال لأن هذا القائل منع الرد لانه ليس بعيب وقدر الداركى أنه لايرد لان الحلب عيب حادث فقال يرجع بالارش (قلت) وينبغي أن يحمل كلام الدارمى علي ما قاله الشيخ أبو حامد رحمه الله ولايغلط ولا يظن به أنه فرع ذلك على أنه ليس بعيب هذا ما ذكره الأصحاب رحمهم الله فى ذلك (وقال) الامام إذا أثبتنا الخيار بتصرية الجارية وان قدرنا التمر بقيمة اللبن فلم يكن لابن الجارية قيمة لم يجب شيء وإن أوجبنا الصاع فههنا وجهان هذا إذالم يكن اللبن متقوما وإن كان له قيمة فلا بد من بدله وهل يبدل بالصاع أو بقيمته من تمر أوقوت آخر فيه وجهان وهذا التخريج حسن (والاصح) من هذه الأوجه عند الرافعى وصاحب التهذيب أنه يرد ولا يرد بدل الابن وهو الثانى في كلام المصنف رضى الله عنه قال الرويانى فى البحر وهذا أقرب عندى (والأصح) عند القاضى أبى الطيب والجرجانى انه يردها ويرد معهاصاعا بمنزلة تصرية الابل والغنم (وقال) ابن ابي عصرون انه الاقيس به فى المرشد وقدتقدم فى باب الربا ان محمد بن عبد الرحمن الحضرمى نقل عن الشافعى رضى الله عنه أنه لوباع أمة ذات لبن بلبن ادمية جاز وهو ردماصححه القاضى أبوالطيب هنا لأنه لوكان اللبن بمنزلة العين ويقابله قسط من الثمن لما صح بيعها بلبن ادمية كما لا يصح بيع شاة فى ضرعها لبن بلبن غنم وعلى ماتقدم من تخريج الامام رجع النظر إلي تحقيق مناط وهو أن لبن الجارية هل لهقيمة أولا فان كان لهقيمة تعين الحكم بوجوب بدله كما قال الامام (قال) لأن نفي البدل فى هذا المقام لايقتضيه خبر ولا يوجبه قياس *

﴿ فرع ﴾ حكم الخيل حكم الجارية ذكره الماوردى ولم يذكر الماوردى فى الجارية الثلاثة الأوجه المذكورة أولا في كلام المصنف رحمه الله قال العبدرى لنا فى تصرية لبن الجارية قولان وفى الأتان وجهان فاقتضى كلامه أن الخلاف فى الجارية منصوص عليه وكذلك رددت القول فيما تقدم فى ذلك هل هو وجهان أوقولان والله أعلم *

جائز لامحالة كما إذا مات المالك والمال نقدا وإنما الخلاف فى الصورتين فى الانعقاد بلفظ التقرير (فأما) اذا كان المال عرضا فى صورة موت المالك فالخلاف هناك فى أصل التقرير فلذلك قال فى جواز التقرير عليه وجهان *

قال ﴿ ومهما كان استرد المالك طائفة من المال وكان اذ ذاك فى المال ربح فهو شائع ويستقر ملك العامل على مايخصه من ذلك القدر فلا يسقط بالنقصان * وإن كان فيه خسران لم يجب على العامل جبر مايخص المسترد من الخسران ﴾ *

﴿ فرع ﴾ من جملة العلماء القائلين بأن حكم التصرية لاينحصر فى الابل والغنم البخارى رحمه الله فانه قال فى تبويبه باب النهى «للبائع أن لا يحفل الأبل والغنم والبقر وكل محفلة والمصراة التى صرى لبنها وحقن فيه وجمع فلم تحلب أياماً» ولم يذكر فى الباب حديثاً فيه صيغة عامة بنعته والله أعلم *

﴿ فرع ﴾ حكي المصنف فى التنبيه وجهين (أحدهما) أنه لا يرد (والثانى) أنه يرد ولا يرد بدل اللبن فالثانى فى التنبيه هو الثانى فى المهذب والأول فى الثانى يحتمل أن يكون هو الثالث فى المهذب وهو أنه لايردها ولا شىء له ويحتمل أن يكون هو الرابع وهو أنه لا يرد ويأخذ الارش ويحتمل أن يكون مقصوده عدم الرد الذى هو مشترك بين الوجهين ويكون كل من الوجهين مفرعاً عليه وهو الاول (وقال) ابن الرفعة فى قول التنبيه أنه لا يرد قال أى ويأخذ الارش وقال ان القول بأنه لايرد ولا يرجع بالارش هو ما ظن ابن يونس أنه القول الاول من كلام الشيخ (قلت) وأما تفسير ابن الرفعة لكلام الشيخ فممنوع لما تقدم وأما كلام ابن يونس فمحتمل لانه حكى الوجهين فيحتمل أن يكون جعلهما مفرعين على الوجه الذى حكاه الشيخ وهو الاحتمال الذى قلت أنه الأولى وحينئذ لا ينسب إلى ابن يونس حمل كلام الشيخ على أحد الوجهين دون الثانى والله أعلم *

* قال المصنف رحمه الله تعالى *

﴿ وان اشترى أتانا مصراة فان قلنا بقول الاصطخرى أن لبنها طاهر ردها ورد معها بدل اللبن كالشاة (وان قلنا) بالمنصوص أنه نجس ففيه وجهان (أحدهما) أنه يردها ولا يرد بدل اللبن لانه لا قيمة له فلا يقابل ببدل (والثانى) يمسكها ويأخذ الارش لانه لا يمكن ردها مع البدل لانه لا بدل له ولا ردها من غير بدل لما فيه من إسقاط حق البائع من لبنها ولا إمساكها بالثمن لانه لم يبذل الثمن إلا لتسلم له الاتان مع اللبن ولم تسلم فوجب أن تمسك ويأخذ الارش ﴾ *

استرداد المالك طائفة من المال ان كان قبل ظهور الربح والخسران رجع رأس المال إلى القدر الباقى وإن كان بعد ظهور الربح فى المال فالمسترد شائع ربحاً وخسراناً على النسبة الحاصلة بين جملة الربح وبين رأس المال ويستقر ملك العامل على مايخصه بحسب الشرط مما هو ربح فيه فلايسقط بالنقصان الحادث وإن كان الاسترداد بعد ظهور الخسران ان كان الخسران موزعاً على المسترد والباقى فلا يلزم جبر حصة المسترد من الخسران كما أنه لو رد الكل بعد الخسران لم يلزمه شىء ويصير رأس المال الباقي بعد المسترد وحصته من الخسران (مثال) الاسترداد بعد الربح رأس المال مائة ربح عليها عشرين ثم استرد المالك عشرين والربح سدس المال يكون المأخوذ سدسه ربحاً وهو ثلاثة دراهم وثلث

(الشرح) الاتان الانثى من الحمر وقول الاصطخرى رحمه الله بطهارة لبنها معروف مشهور وهو يقول بطهارته وحل تناوله وعده الامام من هفوات بعض الأئمة وحكي الامام أن من أصحابنا من حكم بطهارة لبنها وجزمه وهذا بعيد والمذهب نجاسته وقد تقدم أن تصرية الاتان هل هى عيب أم لا على وجهين وقال الشيخ أبو حامد انه لا خلاف فى أنها عيب كما تقدم أنه مثل ذلك فى الجارية إذا عرف ذلك ففى حكم تصرية الاتان طرق (احداها) ما ذكره المصنف رحمه الله أنه ان قلنا بطهارة لبنها ردها ورد بدل اللبن (وإن قلنا) بنجاسته فقيل يردها ولا يرد معها شيئا وقيل يمسكها ويأخذ الارش وممن ذكر هذه الطريقة الشيخ أبو حامد (الطريقة الثانية) التى ذكرها الماوردى من العراقيين والقاضى حسين من الخراسانيين أنه هل يرد أو لا يرد فى المسألة وجهان (فان قلنا) بنجاسة لبنها ردها ولا يرد معها شيئا (وان قلنا) بطهارة لبنها وهو قول الاصطخرى فهل يرد معها صاعا من تمر على وجهين كالجارية وأناث الخيل وهذه عكس ما ذكره المصنف رحمه الله (والطريقة الثالثة) التي ذكرها الشيخ أبو حامد والقاضى أبو الطيب الجزم بردها وتخريج رد بدل اللبن على الخلاف (فان قلنا) بطهارته رد بدله صاعا من تمر (وان قلنا) بنجاسته لا يرد لان النجس لا بدل له ولا قيمة وهذه تخالف طريقة الماوردى فان الماوردى يتردد فى رد بدل اللبن على القول بطهارته وأبو حامد وأبو الطيب جازمان به وتخالف طريقة المصنف رحمه الله فى قوله انه يمسكها ويأخذ الارش وقد نقل الشاشى عن القاضى أبي الطيب أن الأوجه التى فى الجارية فى الأتان على قول الاصطخرى فهذه الطرق الثلاثة فى طريقة العراقيين وبعضها فى كلام الخراسانيين كما تقدم (والطريقة الرابعة) التى ارتضاها الامام انه ان قلنا اللبن نجس فلا يقابل بشىء ولكن لا يبعد إثبات الخيار إذ قد يقصد غزارة لبنها لمكان الجحش فيلتحق هذا الخيار بتبول التردد وان حكمنا بأنه طاهر فكذلك فان اللبن المحرم لا يتقوم وان حكمنا بحله فالقول فى تصرية الأتان كالقول فى تصرية الجارية وقد تقدم

ويستقر ملك العامل علي نصفه ان كان الشرط المناصفة وهو درهم وثلثا درهم حتي لو انخفضت السوق وعاد مافى يده الى ثمانين لم يكن للمالك أن يأخذ الكل ويقول كان رأس المال مائة وقد أخذت عشرين أضم اليها ثمانين لتتم لى المائة بل يأخذ العامل من الثمانين درهما وثلثى درهم ويرد الباقي وهو ثمانية وسبعون درهما وثلث درهم (ومثال) الاسترداد بعد الخسران رأس المال مائة وخسر عشرين ثم استرد العشرين فالخسران يوزع على المسترد والباقى يكون حصة المسترد خمسة لايلزمه جبرها حتى لو ربح بعد ذلك فبلغ المال ثمانين لم يكن للمالك أخذ الكل بل يكون رأس المال خمسة وسبعين والخمسة الزائدة تقسم بينهما نصفين فيجعل للمالك من الثمانين سبعة وسبعين ونصف درهم *

كلامه فى الجارية وهذه الطريقة توافق طريقة الماوردى فى إلحاقها بالجارية على قول طهارة اللبن وحله وتخالفها فى أن الماوردى لم يحك القول بتحريم اللبن مع طهارته ولا التفريع عليه وفى أن الماوردى لم يبن الخلاف فى الرد على الخلاف فى النجاسة وانما حكى الخلاف فى الرد وفى سائر الحيوانات غير الابل والبقر والغنم (فان قلنا) بشمول الحكم للجميع فالماوردى جازم على قولنا بنجاسة اللبن يرد الأتان ولا شىء معها والامام مقتضى كلامه التردد فى ردها وطريقة الامام تخالف طريقة المصنف رحمه الله أيضاً ولأن الامام لم يتعرض لامساكها بالأرش والمصنف لم يتعرض لطهارة اللبن مع تحريمه والله أعلم ولم يتعرض ابن عبد السلام فى اختصار النهاية لما أشار اليه الامام من التردد فى ثبوت الخيار فتلخص من هذه الطرق أربعة أوجه (أحدها) أنه يردها ويرد معها بدل اللبن (الثانى) أنه يردها ولا يرد معها شيأ وهذا هو الصحيح عند الرافعى وغيره وهو الذى جزم به المصنف رحمه الله فى التنبيه (والثالث) أنه لا يردها ويأخذ الأرش (الرابع) الذى دل عليه كلام الامام أنه لا يردها ولا شىء له لأنه جعل ذلك من صور الخلاف ومراده به الحاقه بالمرتبة المتوسطة بين المراتب الثلاث التى تقدمت الاشارة اليها ويأتى ذكرها إن شاء الله تعالى عند كلام المصنف رحمه الله فى تجعيد شعر الجارية واذا كان كذلك فيقتضى كلام الامام المذكور إثبات وجه كما قلناه أنه لا خيار له وكذلك يقتضيه كلام الماوردى حيث ألحق الأتان بالجارية وحيث حكى الخلاف فى سائر الحيوان مطلقا غير الابل والبقر والغنم كما تقدم عن البصريين والبغداديين فى أن التصرية فيها عيب أو ليست بعيب وكلام غيره أيضاً وهذا الوجه ليس مذكورا فى كلام المصنف رحمه الله والأوجه الثلاثة التى ذكرها المصنف ذكرها الشيخ أبو حامد أيضاً مع قوله أن لا خلاف فى أنها عيب والوجه الرابع القائل بعدم الخيار مستمد من الوجه الذى تقدم عن البصريين أن التصرية فى ذلك ليست بعيب فيجوزون الأوجه الأربعة وهى نظير الأوجه الأربعة

قال ﴿ وان قال العامل تلف المال أو رددت (و) أو ما ربحت أو خسرت بعد الربح أو هذا العبد اشتريته للقراض أو لنفسى أو ما نهيتنى عن شرائه وخالفه المالك فالقول قول العامل * وان اختلفا فى قدر ما شرط له من الربح فيتحالفان ويرجع الى أجر المثل * وان اختلفا فى قدر رأس المال فالقول قول العامل إذ الأصل عدم القبض ﴾*

الفصل الثاني من الباب فى التنازع وفيه وجوه (منها) أن يدعى العامل تلف المال فى يده فهو مصدق بيمينه كالمودع نعم إذا ذكر سبب التلف ففيه تفصيل نؤخره إلى كتاب الوديعة إن شاء الله تعالى لأن صاحب الكتاب أورد طرفا منه هناك (ومنها) إذا اختلف فى رد المال ففيه وجهان ذكرناهما فى باب الرهن (وأظهرهما) ما أجاب به فى الكتاب وهو تصديق العامل واعلم قوله

التي ذكرها المصنف رحمه الله في الجارية وان كانت المآخذ مختلفة وقال ابن أبي عصرون على قول الاصطخري بعد أن حكى كلام الأصحاب وقولهم في التفريع عليه انه يرد مثل بدل لبن الشاة قال وعندي ينبغي أن يرد الأرش لأن لبنها لا يساوي لبن الانعام ولا يلحق به في تقدير بدله كما أن جنين البهيمة لما لم يساوي جنين الآدمية ضمن بما يقضي من قيمة الأم وهذا الذي ذكره لو ثبت كان زائداً على الأوجه الاربعة لكنه بعيد لانه على القول بطهارته وجعله مما يقابل بالعوض لا يفارق لبن الانعام وان كان أنقص قيمة منها فان بعض الانعام لبنها أنقص قيمة من بعض ولا اعتبار بذلك ويلزمه أن يقول بذلك في الجارية ولم يقل به هناك بل قال أن الاقيس أنه يجب رد بدله والله أعلم *

(فرع) قول المصنف رحمه الله «لم يبذل الثمن إلا لتسلم له الاتان مع اللبن» وكذا قوله فيما تقدم في الجارية «لم يبذل الثمن إلا ليسلم له مادلس به من اللبن» رأيتها مضبوطة في بعض النسخ - بضم التاء وفتح السين وتشديد اللام المفتوحة - والاحسن أن يقرأ - بفتح التاء واسكان السين وفتح اللام المخففة - فان البائع سلم الاتان مع اللبن ولكن حصلت في ذلك السلامة للمشترى *

(فرع) جزم المصنف في التنبيه بأنه يرد الاتان ولا يرد بدل اللبن وتردد في رد الجارية مع الجزم فيها بأنه لا يرد بدل اللبن فاما جزمه برد الاتان وتردده في رد الجارية فلأن لبن الاتان مقصود ولا يساويه لبن الجارية في ذلك وعلى قوله في المهذب انه لا يرد قال انه يأخذ الارش يكون اللبن في الاتان مقصوداً فلم يتردد قوله لافي المهذب ولا في التنبيه في أن لبن الاتان مقصود لكن امتناع رد بدله على الصحيح لأجل نجاسته وان كنا قد حكينا عن غير المصنف رحمه الله وجهاً رابعاً بعدم الرد مطلقاً وذلك يلزم منه القول بأنه غير مقصود (أما) جزمه في التنبيه بأنه لا يرد بدل لبن الاتان فانه تفريع على المذهب في نجاسته وزعم ابن الرفعة أن ذلك سواء قلنا بنجاسته أو بطهارته كما ذهب اليه الاصطخري قال وقيل على القول بطهارته يجب الصاع وهذا الذي قاله ابن الرفعة وان كان الخلاف

أو رددت - بالواو - إشارة إلى ذلك الخلاف (ومنها) إذا قال العامل ماربحت أو قال لم أربح إلا الفاً وقال المالك بل الفين صدق العامل بيمينه ولو قال ربحت كذا ثم غلطت في الحساب إنما الربح كذا أو تبينت أن لاربح أو قال كذبت فيما قلت خوفا من انتزاع المال من يدي لم يقبل رجوعه لأنه أقر بحق لغيره فاشبه سائر الاقارير (وعن) مالك إن كان بين يديه موسم يتوقع فيه ربح يقبل قوله كذبت ليترك المال في يدي لأربح في الموسم ولو قال خسرت بعد الربح الذي أخبرت عنه قبل قال في التتمة وذلك عند الاحتمال بأن عرض للأسواق كساد فان لم يحتمل لم يقبل ولو ادعى الخسارة عند الاحتمال أو التلف بعد قوله كنت كاذبا فيما قلت ورددنا قوله قبل أيضاً ولا نبطل أمانته بذلك

ثابتاً فيه كما تقدم لكن لا يحسن أن نشرح به كلام التنبيه لأن صاحبه فى المهذب جازم على قول الاصطخرى يرد بدل اللبن فيجب حمل كلامه فى التنبيه على المذهب فيكون موافقاً لذلك، ليس ذلك مما اختلفت فيه الطريقان حتى يحمل كلامه فى التنبيه على طريقة وكلامه فى المهذب على طريقة أخرى وقد تبين لك الطرق المذكورة فى ذلك والله أعلم * قال المصنف رحمه الله تعالى *

﴿ إذا ابتاع شاة بشرط أن تحلب كل يوم خمسة أرطال ففيه وجهان بناء على القولين فيمن باع شاة وشرط حملها (أحدهما) لا يصح لانه شرط مجهول فلم يصح (والثانى) أنه يصح لانه يعلم بالعادة فصح شرطه فعلى هذا إذا لم تحلب المشروط فهو بالخيار بين الامساك والرد ﴾ *

﴿ الشرح ﴾ هذه المسئلة جزم الرافعى رحمه الله فى باب البيوع المنهى عنها فيها بعدم صحة البيع وصرح فى الروضة بأنه يبطل البيع قطعا لأن ذلك لا ينضبط فصار كما لو شرط فى العبد أن يكتب كل يوم عشر ورقات ولم يتعرض الرافعى للمسئلة فى باب التصرية وابن الصباغ ذكر المسئلة هنا وجزم فيها بالبطلان وكذلك صاحب التتمة قبل هذا الباب صرح وجزم بأن العقد فاسد وقال مع ذلك انه إذا شرط أنها لبون فان كانت تدر لبناً وان قل فلا خيار له وان لم يكن لها لبن أصلا فله الخيار وكذلك قال غيره ونقلوا عن أبى حنيفة رحمه الله أنه يقول بالبطلان فى هذه أيضاً ولو شرط أنها غزيرة اللبن فتبين نزارته فله الرد قاله الرويانى وكلتا المسئلتين لا إشكال فيه بخلاف مسئلة الكتاب وصرح صاحب العدة حكاية الوجهين فى مسئلة الكتاب كما حكاهما المصنف رحمه الله حرفا بحرف ونقل بعض المصنفين مسألة الكتاب وحكاية الوجهين فيها عن التتمة ولم أرهما فيها بل الذى رأيت فيها البطلان والمصنف المذكور هو يعقوب بن أبى عصرون وذلك وهم منه ولعله جاء يكتب المهذب كتب التتمة وقال الرويانى فى البحر لو اشترى شاة على أنها تحلب كل يوم

القول السابق هكذا قال الاصحاب ونسبه القاضى الرويانى فى التجربة إلى نصه (ومنها) قال العامل اشتريت هذا العبد للقراض وقال المالك بل لنفسك وانما يقع هذا الاختلاف عند ظهور خسران فيه غالباً أو قال العامل اشتريته لنفسى وقال المالك بل للقراض فالقول قول العامل لانه أعرف بقصده ونيته ولانه فى يده واذا ادعى أنه ملكه صدق وعن ابن سريج أن فى الصورة الاولى قولا آخر أن القول قول المالك لان الاصل عدم وقوعه للقراض كأخذ القولين فيما إذا قال الوكيل بعت ما أمرتنى ببيعه أو اشتريت ما أمرتنى بشرائه فقال الموكل لم تفعل والظاهر الاول قال فى المهذب فلو أقام المالك بينة أنه اشتراه بمال القراض يعنى فى الصورة الثانية ففى الحكم بها وجهان (وجه) المنع أنه يشترى لنفسه بمال القراض متعدياً فيبطل البيع ولا يكون للقراض (ومنها) قال المالك كنت نهيتك عن شراء

كذا وكذا قال أصحابنا لا يصح قولا واحداً قال وقيل فيه وجه انه يصح وقال ابن أبي عصرون في الانتصار انه لا يصح البيع على أصح القولين فيحتمل أن يكون تابعاً للمصنف في حكاية الخلاف في المسئلة وأطلق القولين على الوجهين ويحتمل أن يكون عنده نقل خارج وممن حكى الخلاف أيضاً في هذا الباب العمراني ويحتمل أن يكون تابعاً المصنف وكذلك حكاه فيما إذا شرط أن الشاة تضع لرأس الشهر مثلا والمشهور في المسئلتين القطع بالفساد ولم أر الخلاف إلا في كلام المصنف والروياني وصاحب العدة أيضاً على أن المصنف رحمه الله وحده كاف في النقل فهو الثقة الأمين ولا يستبعد ذلك من جهة المعني فإن ذلك قد يعلم بالعادة فإن الشاة التي خبرها البائع وجربها دائما وهي تدر كل يوم مقداراً معلوماً أو أكثر منه فهذا العقد الذي جرب وجوده منها في جميع الايام يغلب على الظن دوامه أما وضع الحمل لرأس الشهر المنقول عن العمراني فذلك بعيد الا على ارادة التقريب الكثير نعم ههنا كلامان (أحدهما) أن الفرق ظاهر بين اشتراط قدر معلوم من اللبن واشتراط الحمل فإن اشتراط كونها حاملا نظيره اشتراط مقدار من اللبن ينبغي أن يكون كاشتراط مقدار أو وصف في الحمل وذلك لا يمكن تصحيحه لأنه لا يمكن العلم به (واعلم) أن ههنا ثلاثة مراتب (إحداها) يشترط مقدار أو وصف في الحمل وهذا لا يصح قطعا لانه لاسبيل إلى علمه ولا ظنه (الثانية) اشتراط أصل الحمل واللبن وهذا يصح على الاصح لأنه معلوم موجود عليه أمارات ظاهرة (الثالثة) اشتراط مقدار من اللبن فهذا قد يقوم عليه أمارة لعادة متقدمة ونحوها ومن هذا الوجه أشبه الحمل ويفارقه من جهة أنه متعلق بأمر مستقبل يخرم كثيراً فلذلك جرى التردد فيه (الثاني) أن بناء المصنف الوجهين على القولين في اشتراط الحبل يقتضي أن يكون الصحيح صحة الشرط ههنا لأن الشرط صحة اشتراط الحبل لكن ابن أبي عصرون ممن وافق المصنف رحمه الله علي حكاية الخلاف صحح البطلان وأكثر الأصحاب قطعوا به والفرق ما قدمته وجملته من رتبة منحطة غير رتبة أصل الحمل واللبن والله أعلم *

هذا العبد فقال العامل لم تنهني فلقول قول العامل لان الاصل عدم النهي لانه لو كان كما زعمه المالك لكان خائناً والاصل عدم الخيانة (ومنها) قال العامل شرطت لى نصف الربح وقال المالك بل ثلثه فيتحالفان لانهما اختلفا في عوض العقد فأشبه اختلاف المتبايعين وإذا تحالفا فسخ العقد واختص الربح والخسران بالمالك وللعامل أجرة مثل عمله وفيه وجه أنها إن كانت أكثر من نصف الربح فليس له إلا قدر النصف لأنه لايدعي أكثر منه (ومنها) لو اختلفا في قدر رأس المال فقال المالك دفعت اليك ألفين وقال العامل بل ألفا فالقول قول العامل إن لم يكن في المال ربح لأن الأصل عدم دفع

﴿ التفريع ﴾ إذا قلنا بالصحة فى ذلك فأخلف فله الخيار بين الامساك والرد كما قال المصنف كالمصراة بل أولى من حيث المعنى لان هذا يشرط صريح وذاك بما يقوم مقامه من التغرير ومقتضى إلحاقها بالمصراة أنه إن حصل الخلف قبل الثلاث يجرى فيها الخلاف المذكور فى المصراة فى أنه يمتد الخيار إلى ثلاثة أيام أو يكون علي الفور أو لايثبت إلا عند انقضاء الثلاث على الأوجه السابقة فلو ظهر الخلف بعد الثلاث فيكون علي الفور كالمصراة ولا يأتى ههنا قول أبي حامد أنه لايثبت الخيار بعد الثلاث لأن هنك مأخذه أن الخيار ثابت بالشرع وههنا ثابت بالشرط وأيضاً الخيار فى التصرية خيار عيب على قول كما تقدم وأما هنا فخيار خلف ليس إلا ثم لوظهر نقص اللبن ههنا بعد مدة فان كان ذلك بطريان حادث يقتضى ذلك فلا إشكال فى أنه لايثبت الخيار لأن ذلك غير لازم للبائع لأن سببه ماحدث في يد المشترى وان لم يظهر حاله بحال نقص اللبن عليها فيحتمل أن يقال إنه لاأثر للنقص أيضاً لأنه لما دام اللبن وثبت على مقتضى الشرط حصل الوفاء بمقتضى الشرط وعلم بذلك مزاج الحيوان والنقص بعد ذلك بمدة طويلة محمول على تغير طرأ وكذلك في المصراة لدوام اللبن مدة ثم حصل نقص لم يتبين بذلك وجود التصرية بل ذلك محمول على نقص حادث وانما يبقى ثبوت الخيار حينئذ إذا اعترف البائع اوقامت بينة أنه كان قد صراها وهذا الاحتمال متعين (وأما) مقدار المدة فيحتمل أن يقال انه إذا حلبها ثلاثة أيام واللبن على حاله لم يتغير فتغيره بعد ذلك لايؤثر وتكون الثلاث ضابطاً لذلك لاعتبار الشارع اياها فى هذا الباب ويحتمل أن لايضبط بمدة معينة بل بما يظهر من شاهد الحال ودلالته على أن النقص لأمر أصلى أو طارىء والله سبحانه أعلم *

الزيادة وإن كان فى المال ربح فكذلك على الأصح وفيه وجه أنهما يتحالفان لأن قدر الربح يتفاوت به فأشبه الاختلاف فى القدر المشروط من الربح ومن قال بالأول قال الاختلاف فى القدر المشروط من الربح اختلاف فى كيفية العقد والاختلاف ههنا اختلاف فى القبض فيصدق فيه الثانى كما لو اختلف المتبايعان في قبض الثمن فان المصدق البائع ولو قارض رجلين على مال بشرط أن يكون نصف الربح له والباقى بينهما بالسوية فربحا ثم قال المالك دفعت اليكما الفين وصدقه أحدهما وقال الآخر بل الفا لزم المقر ما أقر به وحلف المنكر وقضى له بموجب قوله فلو كان الاصل الفين أخذ المنكر ربع الألف الزائد علي ما أقر به والباقى يأخذه المالك ولو كان الحاصل ثلاثة آلاف فزعم المنكر أن الربح منها الفان وأنه يستحق منها خمسمائة فلتسلم اليه ويأخذ المالك من الباقي الفين من رأس المال لاتفاق المالك والمقر عليه يبقي خمسمائة يتقاسمانها أثلاثا لاتفاقهم علي مايأخذه المالك مثلا مايأخذه كل واحد من العاملين وما أخذه المنكر كالتالف منهما ولو قال المالك كان رأس المال دنانير وقال العامل

* قال المصنف رحمه الله تعالى *

﴿ إذا ابتاع جارية قد جعد شعرها ثم بان أنها سبطة أوسود شعرها ثم بان بياض شعرها أو حمر وجهها ثم بان صفرة وجهها ثبت له الرد لأنه تدليس بما يختلف به الثمن فثبت به الخيار كالتصرية وان سبط شعرها ثم بان انها جعدة ففيه وجهان (أحدهما) لاخيار له لأن الجعدة أكمل وأكثر ثمنا (والثانى) أنه يثبت له الخيار لأنه قد تكون السبطة أحب اليه وأحسن عنده وهذا لايصح لانه لااعتبار به وانما الاعتبار بما يزيد فى الثمن والجعدة أكثر ثمناً من السبطة وان ابتاع صبرة ثم بان انها كانت على صخرة أو بان ان باطنها دون ظاهرها فى الجودة ثبت له الرد لما ذكرناه من العلة فى المسألة قبلها ﴾ *

﴿ الشرح ﴾ الفصل يتضمن مسائل من التغرير الفعلى ملحقة بالمصراة إما بلا خلاف واما على وجه وقد كنت أشرت فيما تقدم إلى ذلك على ثلاث مراتب ووعدت بذكرها ههنا ولنجعل ذلك مقدمة على مسائل الفصل قال الامام إن أئمة المذهب نصوا بأن كل تلبيس حال محل التصرية من البهيمة إذا فرض اختلاف فيه ثبت الخيار فلو جعد الرجل شعراً تجعيداً لايتميز عن تجعيد الخلقة ثم زال ذلك ثبت الخيار للمشترى فنزلوا التجعيد منزلة اشتراط الجعودة وقد طردت فى هذا مسلكا فى الاساليب واذا جرى الحالف بشىء لاظهور له فلا مبالاة به كما إذا كان على ثوب العبد نقطة من مداد فهذا لاينزل منزلة شرط كونه كاتباً ولو كان وقع المداد بحيث يعد من منزلة ان صاحب الثوب ممن يتعاطى الكتابة فاذا أخلف الظن ففي ثبوت الخيار وجهان واذا بني الامر على ظهور شىء فى العادة فما تناهى ظهوره يتأصل فى الباب ومالايظهر يخرج عنه ومايتردد بين الطرفين يختلف الاصحاب فيه هذا كلام الامام وهو منبه على المراتب الثلاثة التى يثبت الخيار فيها جزما والتى لايثبت جزما والتى

بل دراهم فالمصدق العامل أيضا ولو اختلفا فى أصل القراض فقال المالك دفعت المال اليك لتشترى لى وكالة وقال من فى يده بل قارضتنى فالمصدق المالك فاذا حلف أخذ المال وربحه ولا شىء عليه للآخر وهذه فروع مبددة نختم بها الباب ليس للعامل التصرف فى الخمر شراء وبيعاً خلافا لأبى حنيفة فيما إذا كان العامل ذميا فلو خالف واشترى خمراً أو خنزيراً أو أم ولد ودفع المال فى ثمنه عن علم فهو ضامن وإن كان جاهلا فكذلك على الأشهر لان حكم الضمان لايختلف بالعلم والجهل وقال القفال يضمن فى الخمر دون أم الولد وليس لها أمارة تعرف به وفى التهذيب وجه غريب أنه لايضمن فيها وأبعد منه وجه نقله فى الشامل أنه لايضمن فى حالة العلم أيضا لانه قصد الفضل بحسب رأيه ولو قارضه على أن ينقل المال إلى موضع ويشترى من أمتعته ثم يبيعها هناك أو يردها إلى موضع القراض

يتردد فيها ولم يذكر المصنف المرتبة التى يجزم بعدم الخيار فيها اقتصاراً منه علي مايلحق بالتصرية جزماً أوعلي وجه إذا عرف ذلك فقد ذكر المصنف رحمه الله من المرتبة الاولى أمثلة (منها) إذا اشترى جارية قد جعد شعرها ثم ان أنها سبطة اتفق الأصحاب على ثبوت الخيار قياساً على المصراة لأن الغرض يختلف بالجعودة والسبوطة (وأيضاً) الجعودة قيل أنها تدل على قوة الجسد والسبوطة تدل على ضعفه والمسئلة شرطان (أحدهما) أن يكون المشترى قد رأي الشعر فلو لم يره ففى صحة العقد وجهان (أحدهما) و به قال الاكثرون وابن أبى هريرة انه لايصح ويكون كبيع الغائب (والثانى) و به قال القفال وجماعة وهو الأصح عند الماوردى الصحة فعلى الأول لا تأتى المسألة وعلى الثانى إذا لم يره لايثبت الخيار إلا إذا شرط وقد قال الشافعى رحمه الله فى المختصر ولو اشتراها جعدة فوجدها سبطة فله الرد فالأكثرون حملوه على مسئلة الكتاب إذا كان البائع قد جعد شعرها بناء على الصحيح عندهم أنه لابد من رؤية الشعر وعلى الوجه الثانى يحتمل ذلك ويحتمل أن يكون المراد ما إذا شرط أنها جعدة وفى كلام الرافعى ما يقتضى جواز حمله علي الاشتراط وإن فرعنا على الأصح لأن الشعر قد يرى ولا يعرف جعوده وسبوطته لعروض ما يستوى الحالتان عنده من الابتلال وقرب العهد بالتسريح ونحوهما ففى كون المسألة منصوصة للشافعى لهذا الاحتمال وعلى كل حال لا خلاف فى المذهب فيها قال القاضى حسين فى رؤية الشعر نشأ من اختلاف أصحابنا في قول الشافعى رحمه الله ولو اشتراها جعدة فوجدها سبطة فله الرد من أصحابنا من حمله على الشرط ومنهم من قال أراد إذا جعد شعرها بالتدليس (الشرط الثانى) ما تقدم عن الامام أن التجعيد يكون بحيث لا يتميز عن تجعيد الخلقة والأكثرون ساكتون عن ذلك ولا شك أنه إذا كان التجعيد يسيراً بحيث يظهر لغالب الناس أنه مصنوع فالمشترى منسوب إلى تفريط أما إذا كان التجعيد بحيث يوهم كونه خلقياً فهذا هو المثبت للخيار وهو مراد الأصحاب (وشرط ثالث) فيه نزاع أن يكون ذلك تجعيد البائع أو غيره باذنه فلو تجعد بنفسه جزم الفورانى فى الابانة بعدم الخيار

قال الامام ذهب الاكثرون إلى فساد القراض لان نقل المال من قطر إلى قطر عمل زائد على التجارة فأشبه شرط الطحن والخبز ويخالف ما إذا أذن له فى السفر فان الغرض منه رفع الحرج وعن الاستاذ أبى اسحق وطائفة من المحققين ان شرط المسافرة لايضر فانها الركن الاعظم فى الاموال والبضائع الخطيرة ولو قال خذ هذه الدراهم قراضا وصارف بها مع الصيارفة ففي صحة مصارفته مع غيرهم وجهان (وجه) الصحة أن المقصود من مثله أن يكون تصرفه صرفا لا مع قوم بأعيانهم ولوخلط العامل مال القراض بماله صار ضامنا وكذا لو قارضه رجلان هذا علي مال وهذا علي مال فخلط أحدهما بالآخر وكذا لو قارضه واحد على مالين بعقدين فخلط خلافا لابى حنيفة فى الصورة الاخيرة ولو جرى ذلك باذن

والأشبه تخريجه على ما إذا تحفلت الشاة بنفسها وقد تقدم أن فيها خلافاً وفي الصحيح خلاف والأصح عند صاحب التهذيب وقضية كلام الأكثرين ثبوته هناك كما تقدم فينبغي أن يكون هنا كذلك وكلام ابن أبي عصرون فى الانتصار والمرشد يقتضى ثبوت الخيار فى ذلك فانه قال إن نظر إلى شعرها فرآه جعداً ثم بعد ذلك بان أنه سبط ثبت له الرد وهذه العبارة بعمومها تشمل ما إذا تجعد بنفسه وما إذا جعده وكذلك عبارة الماوردى فى الحاوى والفورانى أيضاً فى العمدة وهو الظاهر فانه لا فرق بين تجعد الشعر بنفسه و بين أن تحفل الشاة بنفسها ولعل الأصحاب إنما لم ينصوا على ذلك مثل ما نصوا على تحفل الشاة لأن تحفل الشاة بنفسها قد يقع كثيراً (وأما) تجعد الشعر بنفسه فبعيد لا يتأتى فى العادة فأفرض وقوعه فهو كتحفل الشاة بنفسها ولعل الفورانى من القائلين بعدم ثبوت الخيار فيما إذا تحفلت الشاة بنفسها كما رأى الغزالى فى الوجيز فيكون جزمه فى تجعيد الشعر بنفسه على ذلك ﴿ تنبيه ﴾ المراد بالتجعيد مايخرج الشعر عن السبوطة المكروهة عند العرب وهو ما يظهر إذا أرسل من التكسير والتقبض والالتواء وليس المراد أن يبلغ الجعد القطط فان ذلك مكروه أيضاً وأحسن الشعر ما كان بين ذلك وقد جاء فى وصف شعر النبي ﷺ «أنه كان شعراً رجلا ليس بالجعد القطط ولا بالسبط» وفى رواية أخرى «لم يكن بالجعد القطط ولا بالسبط كان جعداً رجلا» (وقوله) سبط هو ـ بفتح السين و باسكان الباء وفتحها وكسرها ـ أى مسترسلة الشعر من غير تقبض والله أعلم (المسألة الثانية) من أمثلة المرتبة الأولى إذا سود شعر الجارية ثم بان بياض شعرها أو حمر وجهها ثم بان صفرة وجهها ثبت الخيار بلا خلاف والكلام فيه كالكلام فيما إذا جعد شعرها حرفاً بحرف وقياس ما قاله الفورانى فيما إذا حصل ذلك بنفسه أن يأتى ههنا وتحمير الوجه والخدين يكون بالدمام وهو (الكلكون) قاله القاضى أبو الطيب وهذه اللفظة مذكورة فى المهذب فى باب الاحداد وهى ـ بكاف مفتوحة ثم لام مشددة مفتوحة أيضاً ثم كاف ثانية مضمومة ثم واو ساكنة ثم نون ـ

للمالك بأن دفع اليه ألفاً قراضاً ثم دفع اليه الفا آخر وقال ضمه إلى الأول فان لم يتصرف بعد فى الأول جاز وكأنه دفعهما اليه دفعة واحدة وان تصرف فى الأول لم يجز القراض فى الثانى ولا الخلط لأن حكم الأول قد استقر بالتصرف ربحاً وخسراناً وربح كل مال وخسرانه يختص به ولو دفع اليه ألفاً قراضاً وقال ضم اليها ألفاً من عندك على أن يكون ثلث ربحها لك وثلثاه لى أو بالعكس كان قراضاً فاسداً لما فيه من شرط التفاوت فى الربح مع التشريك فى المال ولا نظر إلى العمل بعد حصول الشركة فى المال ولو دفع اليه زيد ألفاً قراضاً وعمرو كذلك فاشترى لكل واحد منهما بألف عبداً ثم اشتبها عليه ففيه قولان عن رواية حرملة (أحدهما) أن شراء العبدين ينقلب اليه و يغرم لهما لتفريطه حيث لم يفردهما حتي

وأصله كلكون - بضم الكاف وسكون اللام - و (الكل) الورد و (الكون) اللون أي لون الورد وهي لفظة عجمية معربة هكذا قال النووي رحمه الله في التهذيب ومن مسائل هذه المرتبة إذا بيض وجهها بالطلاء ثم اسمر قاله القاضي أبو الطيب رحمه الله والطلاوة بياض وكذلك إذا صبغ الحمار حتى حسن لونه أو نفخ فيه حتى صار بالنفخ كأنها دابة سمينة قالها صاحب التتمة أو دهن شعر الدابة قاله المحاملي في المقنع وكذلك لو كان له رحى قليلة الماء فأراد العرض على البيع والاجارة أرسل ذلك الماء المحبوس حتى ظن المشتري أن الرحى كثيرة الماء شديدة الدوران ثم ظهر أن الماء قليل اتفق الأصحاب عليها وكلامهم يقتضي أن أبا حنيفة وافق عليها وكذلك إذا حبس ماء القناة ثم أطلقه عند البيع أو الاجارة أعني إجارة الأرض فكذا إذا أرسل الزنبور في وجه الجارية فانتفخ وظنها المشتري سمينة ثم بان خلافه أو لون جوهراً بلون البلخش أو العقيق أو الياقوت فظنه المشتري كذلك ثم بان زجاجاً له قيمة بحيث يصح بيعه صح اتفق الأصحاب في جميع هذه المسائل على ثبوت الخيار لما ذكره المصنف رحمه الله (وقوله) بما يختلف به الثمن يحترز به مما لا يختلف به الثمن كالمسألة الثانية إذا سبطه فبان جعداً فان الثمن يزيد به وما أشبهها مما لا ينقص الثمن به ولو لم يخضب الشعر ولا شرط سواده ولكن باعها مطلقاً فوجدها المشتري بيضاء الشعر فسيأتي حكمه بالرد بالعيب إن شاء الله تعالى * ولو لم يلون الجوهر وباعه مطلقاً والمشتري يظنه عقيقاً أو فيروزجاً قال القاضي حسين لا خيار له كما لو اشتري بقرة وقد عظم بطنها فظنها المشتري حاملا ولم تكن فلا خيار ولك أن تقول إذا ظن المشتري من غير اعتماد على أمر صحيح الجزم بعدم الخيار (وأما) إذا عظم بطن البهيمة من غير فعل البائع وقلنا بأنه لو أكثر علفها حتى صارت كذلك ثبت الخيار على وجه سيأتي إن شاء الله تعالى فينبغي أن يكون كما إذا تحفلت الشاة بنفسها فيجري فيها ذلك الخلاف وكذلك إذا تلون الجوهر من غير فعل البائع ينبغي أن يجري فيه الخلاف ويكون حكمه حكم الشاة إذا تحفلت بنفسها لأن الظن فيه قوي بخلاف انتفاخ البطن (المرتبة الثانية) ما في ثبوت الخيار فيها خلاف وهو على قسمين منه ما مثار الخلاف فيه من ضعف الظن ومنه ما مثار الخلاف فيه من خروجه على أكمل ما ظنه ولنقدم الكلام في هذا فمن ذلك ما ذكره المصنف رحمه

تولد الاشتباه ثم المغروم عند الأكثرين الألفان وقال بعضهم يغرم قيمة العبدين وقد تزيد على الألفين (والقول الثاني) أنه يباع العبدان ويقسم الثمن بينهما وان حصل ربح فهو بينهم على حسب الشرط فان اتفق خسران قالوا يلزمه الضمان لتقصيره فاستدرك المتأخرون فقالوا إن كان الخسران لانخفاض السوق لا يضمن لأن غايته أن يجعل كالغاصب والغاصب لا يضمن نقصان السوق قال إمام الحرمين والقياس مذهب ثالث وراء القولين وهو أن يبقى العبدان لهما على الاشكال إلى أن يصطلحا *

الله إذا سبط شعر الجارية ثم بان أنها جعدة الشعر فلا شك أن الجعد أشرف وقد يكون السبط أشهى إلى بعض الناس ففي المسألة طريقان (إحداهما) ماذكره للصنف وارتضاه الامام واقتصر الرافعي عليها أن في المسألة وجهين كالوجهين فيما إذا اشترط أنها سبطة الشعر فبانت جعدة ففي الخيار بالخلف في هذا الشرط الوجهان المذكوران فيما إذا شرط أنها ثيب فخرجت بكراً (أصحهما) في المسائل الثلاث أنه لاخيار ولذى حكاه الماوردى عن ابن سريج فى شرط السبوطة (والطريقة الثانية) أنه لايثبت الخيار فى التدليس بالسبوطة وجهاً واحدا وان ثبت في الخلف باشتراطها قال الصيدلانى وجعل ذلك ضابطا عاما أن كل مالوكان مشروطاً واتصل الخلف به اقتضى خياراً وجهاً واحداً فالتدليس الظاهر فيه كالشرط فاذا جعد شعر المملوك ثم بان سبطا ثبت الخيار وكل مالو فرض مشهوراً وصور الخلف فيه فكان فى الخيار وجهان فاذا فرض التدليس فيه ثم تترتب عليه خلف الظن قال لاخيار وجها واحداً لضعف المظنون أو لا وقصور الفعل فى الباب عن القول قال الامام وهذا تحكم لايساعد عليه والتدليس فى ظاهر الفعل كالقول فى محال الوفاق والخلاف علي الاطراد والاستواء فاذا سبط الرجل شعر الجارية ثم بان أن شعرها جعد ففى الخيار الوجهان عندنا قال ابن الرفعة ولك أن تعجب من قول الامام أن ماذكره الصيدلانى تحكم عجبا ظاهراً من جهة أن مأخذ اثبات الخيار عند التغرير بالفعل التصرية بلا نزاع وقد حكى أن مأخذ اثبات الخيار فى المصراة عند بعض الأصحاب إلحاق ذلك بالعيب واذا كان كذلك لم يحسن إثباته إذا خرج المبيع أجود مما رآه لأنه لاعيب ويكون حينئذ الصيدلانى فى قطعه ناظراً للمعنى المذكور ولعله هو قائله فان لم يكن هو قائله استفدنا من كلامه هذا أنه موافق له (قلت) وهذا ضعيف لأمرين (أحدهما) أن الصيدلانى إنما علل انتفاء الخيار لضعف الظن وقصور الفعل عن القول وهذا المعني لافرق فيه بين الجعودة والسبوطة فان لم يكن الفعل والظن معتبراً

كتاب المساقاة * وفيه بابان

الباب الأول فى أركانها

قال ﴿ وهى أربعة (الأول متعلق العقد) وهو الأشجار إذ عليها يستعمل العامل بجزء من الثمار كما يستعمل عامل القراض إلا أن المساقاة لازمة مؤقتة يستحق (و) الثمار فيها بمجرد الظهور بخلاف القراض * وأصلها ما روى أنه ﷺ «ساقى أهل خيبر على النصف من الثمر والزرع» ﴾ *

صورة المساقاة أن يعامل انسانا على نخله ليتعهدها بالسقي والتربية على أن ما رزق الله تعالى

كتاب المساقاة * والمزارعة . . . .

فى الثانى لم يكن معتبراً فى الأول فلا يثبت الخيار فى واحد منهما وان قيل بمساواة ذلك القول فيثبت فيهما وان قيل باعتباره مع انحطاطه عن رتبة القول حتى يجرى الخلاف فيجب أن يكون ذلك فى الصورتين أما الحكم بثبوت الخيار فى الأولى قطعاً كالقول وعدمه فى الثانية قطعاً لاوجه له ولو كان الصيدلانى سكت عن التعليل لامكن تحمل ذلك وأن الخيار ثابت فى الاولى بالعيب ومنتف فى الثانية لعدم العيب لكن كلامه ناص على أن التدليس كالشرط فى الصورة الاولى وعلى أن انتفاء الثانية لضعف الظن وقصور الفعل فلا جرم قال الامام إن ذلك تحكم (الثانى) أن القائلين من الأصحاب بأن إثبات الخيار فى التصرية مأخذه الالحاق بالعيب معناه الاكتفاء فى ثبوته بفوات الذى وطن المشترى نفسه عليه برؤيته للمبيع على تلك الصورة حتى يثبت فيما إذا تحفلت الشاة بنفسها ومقابله القول الذى يلحق ذلك بخيار الخلف حتى لايثبت الخيار إلا إذا كان حاصلا بتدليس من البائع كما تقدم واذا كان كذلك أمكن ان يقول بثبوت الخيار ههنا لان المشترى وطن نفسه على السبوطة لما رآها وقد يكون له فيها غرض فليس معنى إلحاق ذلك بالعيب الاجل دلالة الرؤية على هذا الوصف كدلالة الغلبة على وصف السلامة فخروجها على غير الوصف الذى رآه هو العيب وليس الوصف الذى رآه من السبوطة أو كبر الضرع من غير علم بالتصرية عيبا والذى يقول بأن الغرض قد يتعلق بالشعر السبط لايمنع أن يجعل خروجه جعداً بمنزلة العيب إذا كان الغرض قد تعلق بسبوطته باشتراط أو برؤية لافرق بينهما ويدلك على هذا أن الصحيح كما تقدم أن التصرية ملحقة بالعيب كما دل عليه كلام الشافعى رضى الله عنه والعراقيين ولذلك كان الصحيح ثبوت الخيار فيما إذا تحفلت بنفسها (والطريقة) الصحيحة ههنا جريان الوجهين فلو كان المأخذ فى ذلك إلحاقه بالعيب من كل وجه لقطعوا بعدم الخيار ههنا وأما كون الصحيح من الوجهين ههنا أنه لاخيار فلأن الصحيح من الوجهين فيما إذا أخلف الشرط لصفة أكمل كذلك والله أعلم * و بما ذكرناه يظهر لك أن هذا القسم متفق على إلحاقه بالتصرية وانما الخلاف فى الرد بحكم ذلك فعلى وجه يرد كما فى التصرية وعلى الصحيح لايرد لخروجه أكمل وهو لو شرط وصفاً فخرج أكمل لم يرد

من ثمره تكون بينهما ولفظ المساقاة مأخوذ من السقى لأن أنفع الأعمال وأكثرها مؤنة أو تعباً السقى خاصة بالحجاز لأن أهلها يسقون من الآبار والمعتمد فى جوازها أن ابن عمر رضى الله عنه روى أن النبى ﷺ «عامل أهل خيبر على شطر ما يخرج منها من ثمر أو زرع »[1] ومن جهة المعنى أن مالك

---

(١) ﴿حديث﴾ ابن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم «عامل أهل خيبر بشطر مايخرج منها من ثمر أو زرع» متفق عليه بألفاظ متعددة منها لما افتتحت خيبر سألت يهود النبى ﷺ أن يقرهم فيها على أن يعملوا على نصف مايخرج منها الحديث *

على الصحيح و بهذا التحقيق يتعين أن يكون هذا القسم من المرتبة الاولى ولا يكون من المرتبة المتوسطة التى تقدمت الاشارة اليها فى كلام الامام وانما ذكرته فى المرتبة الثانية لكونه من صور الخلاف فى الجملة نعم كلام الصيدلانى وما أ ا ر اليه من ضعف الظن وتصور الفعل يقتضى التردد فى إلحاقه بالتصرية وقد تقدم مافيه ثم ان المصنف رحمه الله رد الوجه الثانى بأنه لااعتبار به أى لااعتبار بغرض المشترى وانما الاعتبار بما يزيد فى الثمن لانه المعتبر لعموم الناس وهذا سيأتى مثله أيضا فى كلام المصنف فيما إذا شرط أنها ثيب فخرجت بكراً وقد حكي الروياني في البحر أنه لوصرح باشتراط السبوطة فخرجت جعدة قال بعض أصحابنا بخراسان يثبت الخيار وجها واحدا لاجل التصريح وقيل فيه وجهان فحصل فى كل من المسئلتين طريقان (الصحيح فيهما) إجراء الوجهين وقيل فى المسألة الشرط يثبت قطعا وقيل في مسئلة التدليس لا يثبت قطعا (القسم الثانى من هذه المرتبة الثانية) التي هى محل الخلاف مايضعف الظن فيه والخلاف فى هذا القسم فى إلحاقه بالتصرية لأجل التغرير والظن أولا لضعف الظن فى هذا القسم وقصوره على الشرط والظن المسند إلى أمر غالب فمن ذلك من جهة أن هذا يقرب استكشافه وجرت العادة به بخلاف تسويد الشعر ونحوه وكذلك الخلاف فى هذا القسم فمن ذلك لو لطخ ثوب العبد بالمداد أو ألبسه ثوب الكتبة والخبازين أو سود أنامله وخيل كونه كاتباً أو خبازا فبان خلافه فوجهان (أحدهما) يثبت الخيار للتلبيس (وأصحهما) عند الرافعي وغيره لاخيار و به جزم الجرجانى لأن الانسان قد يلبس ثوب غيره عارية فالذنب للمشترى حيث اغتر بما ليس فيه كثير تغرير وعلى هذا لو ألبسه ثوب الاتراك فظن المشترى أن المملوك تركى وكان رومياً فالحكم على ماذكرنا قاله صاحب التتمة وكذلك لو أكثر علف البهيمة حتى انتفخ بطنها فتخيل المشترى كونها حاملا قاله الامام والمتولى قولا عن الأصحاب والرافعى وكذلك لو أرسل الزنبور فى ضرعها حتى انتفخ وظنها المشترى لبونا قاله المتولى والرافعي أيضاً لأن الحمل لايكاد يلتبس على الخبير ومعرفة اللبن متيسرة بعصر الثدى بخلاف صورة التصرية وكثرة

الأشجار قد لا يحسن تعهدها ولا يتفرغ له ومن يحسن و يتفرغ قد لا يملك الأشجار فيحتاج ذلك إلى الاستعمال وهذا إلى العمل ولو تعاقدا عقد الاجارة للزم المالك غرم الاجرة فى الحال وربما لا يحصل له من الأشجار شيء ويتهاون العامل فلم يبذل المجهود في تعهدها لأنه لا يتحصل من فوائدها على شيء فدعت الحاجة إلى تجويز هذا العقد و به قال مالك وأحمد وخالف فيه أبو حنيفة وقد يقيس الأصحاب المساقاة على القراض فى الحجاج معه ومسائل الكتاب مذكورة فى بابين (أحدهما) فى أركان العقد (والثانى) فى أحكامه كما ذكر فى القراض (وأما) التفاسخ والتنازع فلم يفرد لهما باباً لأن حظهما من هذا العقد أما التفاسخ فلأنه لازم وسبيل الفسخ

اللبن فانه لاسبيل إلى معرفتها رة ل إثبات الخيار فى مسألة تحمل الحمل منسوب إلى أبى حامد وقال ابن الرفعة وظاهر كلام الأصحاب فى ذلك يدل على أنه مفرع على أن الحمل فى الدواب ليس بعيب كما هو أظهر الوجهين فى الرافعى فى كتاب الصداق والموجود فى أكثر الكتب (أما) إذا قلنا إنه عيب وهو ماأورده فى التهذيب فيظهر أن يكون الكلام فيه كالكلام فيما إذا سبط شعر الجارية ثم بان أنها جعدة لأن الاغراض تختلف به وان كان يعده وصف كمال وقد أسلفت مافيه (قلت) وكان مراده بذلك أن يأتى فيه على طريقة قاطعة بعدم الخيار كما قال الصيدلانى هذك وانتصر له وان كنت قد بينت هناك مايرده من كلام الصيدلانى أما ههنا فلا يأتى ماتقدم من الاعتراض بكلام الصيدلانى ولكن قد يقال الحمل وان كان عيباً فقد يقصده بعض العقلاء و يتعلق الارض به ولهذا يصح اشتراطه فى الجارية على الأصح وان كان عيبا فيها و يثبت الخيار بعدمه كما قاله ابن يونس (والطريقة الصحيحة) إجراء القولين فى اشتراط حمل الجارية والطريقة القاطعة بالصحة فيها لاجل أن الحمل فى الآدميات عيب وان شرطه اعلام بالعيب ضعيف والاصح أن الحمل فى الجارية والبهيمة زيادة ونقص كما ذكره فى كتاب الصداق فليس نقصا من كل وجه حتى يكون عدمه كعدم العيب بل عدمه يفوت به مافيه من الزيادة فلذلك يثبت به الخيار وقال ابن الرفعة فى كتاب البيع أنا اذا قلنا انه عيب فانتفاؤه لاخيار له كما إذا شرط أنه سارق فخرج غير سارق وفى كلام الرافعي رضى الله عنه مايقتضى أن هذه طريقة ليست المذهب ولكن مع ذلك إنما يأتى إذا قلنا الحمل عيب ونقص من كل وجه وهو بعيد فانه قد يكون مقصودا للعقلاء ويرغب فيه فى بعض الاوقات لاغراض صحيحة بخلاف العيب المحض (المرتبة الثالثة) التى لايثبت فيها الخيار قطعا وهو إذا جرى الخلف بشىء لاظهور له كما إذا كان على ثوب العبد نقطة من مداد فهذا لاينزل منزلة شرط كونه كاتبا هكذا ذكره الامام ونبه على أن محل الوجهين الذين ذكرناهما فى المرتبة الثانية أما إذا كان وقع المداد بحيث يعد من مثله أن صاحب الثوب ممن يتعاطى الكتابة وذكر الرويانى فيما إذا كان

فيه سبيل الاقالات (وأما) التنازع فلأنه معلوم مما ذكره في القراض وقد أشار اليه إشارة خفية فى آخر الكتاب *

(الباب الأول فى الأركان) وهى كأركان القراض إلا أنه ذكر العاقدين اكتفاء بمامر فى القراض فبقيت أربعة (إحداها) الأشجار وهى كرأس المال فى القراض لأنها محل العمل والتصرف كالمال هناك (وقوله) متعلق العقد يمكن أن يطابق فيه فيقال العقد كما يتعلق بالأشجار يتعلق بالثمار ولذلك عد الثمار ركناً للعقد وليس للترجمة اختصاص بالأشجار نعم لوقال متعلق العمل كان قريباً (وقوله) إلا أن المساقاة لازمة إلى آخره لا يخفي على الناظر أن لفظ الكتاب استثناء محققاً ثم الغرض منه بيان أن العقدين يشتركان

على الثوب أثر مداد فظنه كاتباً طريقين (أحدهما) فيه وجهاً واحداً لأنه يحتمل أن يكون إستعار ثوبا فقد ظن فى غير موضعه فهذا الذى قاله الرويانى يحتمل أن يكون فى المسئلة من حيث الجملة ويحتمل أن يكون القطع فى محل والخلاف فى محل آخر على ماتقدم ويحتمل أن يكون الطريقان فى هذه المرتبة الأخيرة (والأفقه) التفصيل المتقدم ولم يذكر المصنف رحمه الله هذه المرتبة الأخيرة ولاشيأ من أمثلة القسم الثانى من المرتبة الثانية وانما ذكر مسئلة سبوطة الشعر وقد نبهت على أنها وان كان فيها خلاف فى الرد فليس ذلك اختلاف فى إلحاقه بالمصراة بل لاجل خروجها على الوصف الاكمل فينبغى أن يحمل كلام المصنف رحمه الله على أنه لم يرد إلاذكر المصراة ومايلحق بها ولذلك ذكر بعده مسئلة هى من المرتبة الأولى التى لاخلاف فى ثبوت الخيار فيها وهى إذا اشترى صبرة ثم بان انها على صخرة أو بان أن باطنها دون ظاهرها فى الجودة أى وان كان الكل جيداً لاعيب فيه فاما مسئلة الصبرة إذا بان أنها على صخرة وكان المشترى عند العقد يظن أنها على استواء الأرض فهل يتبين بطلان العقد فيه وجهان (أصحهما) لاولكن للمشترى الخيار كماذكره المصنف رحمه الله تنزيلا لما ظهر منزلة العيب والتدليس وهو الذى نص عليه الشافعى فى باب السنة فى الخيار فى الجزء السابع من الام قال الرافعى رضى الله عنه وهذا ما أورده صاحب الشامل وغيره (قلت) وممن جزم به الماوردى فى باب الشرط الذى يفسد البيع والقاضى أبوالطيب قبل باب بيع المصراة (والثانى) وبه قال الشيخ أبومحمد يتبين بطلان العقد لأنا بنينا بالآخرة أن العيان لم يفد علما هذا إذا ظنها مستوية الارض أمالوعلم بالحال فثلاث طرق (أصحها) أن فى صحة البيع قولى بيع الغائب (والثانى) القطع بالصحة (والثالث) القطع بالبطلان وهو ضعيف وان كان منسوبا إلى بعض المحققين (فان قلنا) بالصحة فوقت الخيار هنا معرفة مقدار الصبرة أو التمكن من تخمينه برؤية ماتحتها والوجهان فى حالة ظن الاستواء مفرعان على القول بالبطلان ههنا وأما إذا بان أن باطنها دون ظاهرها فى الجودة فالتلبيس حاصل كمسئلة المصراة وتجعيد

فى الأكثر ويفترقان فى الأقل وذكر فى افتراقهما مسائل (إحداها) المساقاة ليس لأحد المتعاقدين فسخها بخلاف القراض لان العمل فى المساقاة يقع فى أعيان تبقى بحالها وفى القراض لا تبقى الأعيان بعد العمل والتصرف فكان القراض شبيها بالوكالة والمساقاة بالاجارة وأيضاً فانا لو حكمنا بالجواز فربما يفسخ المالك بعد العمل وقبل ظهور الثمار وحينئذ فاما أن تقطع حق العامل عنها أو لاتقطع إن قطعناه ضاع شقاء العامل مع بقاء تأثيره فى الثمار وانه ضرر وان لم تقطعه لم ينتفع المالك بالفسخ بل يتضرر لحاجته إلى القيام ببقية الاعمال ويخالف القراض فان الربح ليس له وقت معلوم ولا تأثيره بالاعمال السابقة فلا يلزم من فسخه ما ذكرناه (الثانية) المساقاة لابد من تأقيتها كالاجارة وسائر

الشعر وشبهها من المسائل المجزوم بثبوت الخيار فيها ولم أرها فى غير كلام المصنف رحمه الله وتبعه ابن أبى عصرون فى الانتصار والمرشد وانما المشهور فى كلام الاصحاب إذا وجد باطنها عفناً أو نديا أومعيباً أما إذا وجده دون ظاهرها فى الجودة مع كونه غير معيب فقل من تعرض له لكن فى كلام الشيخ مايحتمله فانه قال فى باب الشرط الذى يفسد البيع إن نقلها فوجد أرضها مستوية و باطن الطعام كظاهره فالبيع لازم وان كانت على دكة أو خرج الطعام متغيراً كان له الخيار لأنه تدليس فهذا الكلام يمكن أن يؤخذ منه ماذكره المصنف وبالجملة فالحكم فيه واضح للتدليس وهذا فرع عن القول بصحة البيع وقد قال الامام عند الكلام فى بيع الغائب ولوكان باطن الصبرة يخالف ظاهرها فخفظى عن الامام أن ذلك بيع غائب وفيه احتمال ظاهر عندى وانما أخر المصنف هذه المسئلة بعد مسئلة تسبيط الشعر المختلف فيها حتى يجعل تسبيط الشعر بعد تجعيده والخلاف فيها لغير إلحاقها بالمصراة كما تقدم التنبيه عليه والله أعلم * وقد يقال إن العلم بباطن الصبرة مما يسهل استكشافه بادخال يده فيها ونحوه فهلا كان ذلك كعلف البهيمة وارسال الزنبور وأخواتها وقد تقدم أن الأصح عدم ثبوت الخيار فيها لسهولة الاستكشاف (والجواب) أن الاستدلال بظاهر الصبرة على باطنها أمر معتاد لاينسب صاحبه إلى تفريط ويشق تقليب الصبرة بكمالها وأما انتفاخ بطن البهيمة وضرعها وأخواتها فلا يدل دلالة واضحة على الحمل واللبن والمكتفى بدلالة ذلك على الحمل واللبن ودلالة تلطخ الثوب بالمداد على الكتابة منسوب إلى تفريط وقد نص الشافعى رحمه الله فيما نقله أحمد بن بشرى على أنه إن خلط حنطة بشعير ثم جعل أعلاها حنطة لم يجز وان خلطها أو حنطتين إحداهما أرفع فلا بأس ببيعها إذا كان ظاهره وباطنه واحدا فالتقييد بذلك دليل على أنه إذا جعل ظاهرها أجود يثبت الخيار لأنه جعله من الغش المحرم والغش المحرم يثبت الخيار *

﴿ فروع ﴾ إذا أسلم اليه فى جارية جعدة فسلم اليه جعدة فلا خيار له على أصح الوجهين قاله

العقود اللازمة وهذا لانها لو تأبدت لتصور من ليس بمالك بصور المالكين وفيه إضرار بالمالكين وأيضا فان المساقاة تفتقر إلى مدة يقع فيها التعهد وخروج الثمار ولحصول الثمار غاية معلومة يسهل ضبطها والقراض يخل به التأقيت لان الربح ليس له وقت معلوم فربما لا يحصل فى المدة المقدرة (الثالثة) هل يملك العامل نصيبه من الثمار بالظهور فيه طريقان (إحداهما) انه على القولين فى ربح مال القراض (وأظهرها) القطع بأنه يملك والفرق أن الربح وقاية لرأس المال عن الخسران فلا يملك الربح حتى يسلم رأس المال عن الخسران المحوج الى الجبران والثمر ليست وقاية للاشجار *

قال ﴿ وللاشجار ثلاث شرائط (الاول) أن يكون نخيلا أو كرما * وفيما عداها من الاشجار

القاضى أبو الطيب اشترى جارية على أن شعرها أبيض فكان أسود ففي الرد وجهان فى الحاوى وغيره قال فى المجرد من تعليق أبى حامد وغيره الصحيح أنه لا يرد وقياسه أن يأتى الوجهان فيما إذا شاهد شعرها أبيض فبان أسود كما فى الوسيط وكذلك فى البحر لكنه فى نسخة سقيمة لم أثق بها الخيار فى تلقى الركبان مستنده التغرير كالتصرية وكذا خيار النجش إن أثبتناه ومن التدليس الذى لا يثبت به خيار أن يقول كاذبا طلب هذا الشيء منى بكذا أو اشتريته بكذا فان المشترى يغتر بما يقوله ويزيد فى الثمن بسببه قاله القاضى حسين وغيره والله أعلم *

﴿ فرع ﴾ غير المصراة إذا حلب لبنها ثم ردها بعيب ذكر العراقيون هذا الفرع فى مناظرة جرت بين الشافعى ومحمد بن الحسن بعضهم عن الاملاء وبعضهم عن القديم قال الشافعى قال لى محمد بن الحسن فما تقولون فيما إذا اشترى شاة ليست بمصراة ولكن فيها لبن فحلبها زمانا ثم وجد بها عيبا أله الرد؟ (قلت) نعم فقال إذا رد أيرد شيئا لأجل اللبن (قلت) لا هكذا نقل الشيخ أبو حامد هذه المناظرة قال والفصل بينهما أن لبن المصراة متحقق فوجوده حالة العقد يتقسط عليه بعض الثمن فوجب رد قيمته على البائع عند تلفه وغير المصراة لا يتحقق وجود لبنها حالة العقد فلم يتقسط عليه شيء من الثمن فلم يجب رد قيمته (واعترض) الامام على ذلك بأنا اذا كنا نردد القول فى أن الحمل هل يعلم فاللبن معلوم فى الضرع قال وكيف لا وقد تتكامل الدرة ويأخذ الضرع فى التقطير ولكن الوجه أن نجعل اللبن كالحمل فى مقابلته بقسط من الثمن (فان قلنا) لا يقابل بقسط فالجواب ما حكره (وان قلنا) يقابل فالوجه أن يرد بسبب اللبن شيئا وجزم صاحب التهذيب بأنه يرد معها صاعا من تمر وحكى الرافعى ما قاله صاحب التهذيب وما حكاه

المثمرة قولان * وكل ما يثبت أصله فى الارض فشجر إلا البقل (و) فانه يلتحق بالزرع والبطيخ والباذنجان وقصب السكر وأمثاله ﴾ *

المساقاة على النخل وردت بها السنة والكرم فى معناها (وأما) غيرها من النبات فينقسم الى ماله ساق والى غيره (القسم الاول) ماله ساق وهو على ضربين الاول ماله ثمر كالتين والجوز واللوز والمشمش والتفاح ونحوها وفيها قولان القديم وبه قال مالك وأحمد أنه تجوز المساقاة عليها للحاجة كالنخل والكرم وأيضا فقد روى أنه ﷺ «عامل أهل خيبر بالشطر مما يخرج من النخل والشجر» [1] والجديد المنع لأنها أشجار لا زكاة فى ثمارها فأشبهت الاشجار الواقعة فى الضرب

---

(١) ﴿ حديث ﴾ أنه عامل أهل خيبر بالشطر مما يخرج من النخل والشجر الدارقطنى من حديث ابن عمر وحكى عن شيخه ابن صاعد أن شيخه وهم فى ذكر الشجر ولم يقله غيره *

أبوحامد عن النص وما رواه الامام عن التخريج على أنه هل يأخذ قسطاً من الثمن قال والصحيح الأخذ وذلك إشارة إلى ترجيح طريقة الامام أو طريقة صاحب التهذيب على الطريقة المحكية عن النص وان الأصح أنه يرد بدل اللبن وقال الماوردى ان له الرد وعليه رد بدل اللبن ولكن لايلزمه رد صاع لأن الصاع عوض لبن التصرية فان اتفقا على قدره فذاك والا فالقول قول المشترى فهذه أربع طرق وفى تعايق أبى على الطبرى عن ابن أبى هريرة أنه يردها قولا واحداً ويرد معها صاعا من تمر على أصح الوجهين وهذا موافقة لصاحب التهذيب وفى تعليق الشيخ أبى حامد التي بخط سليم وتعليق القاضى أبى الطيب وغيرهما تفصيل لابد منه وهو أنه إذا لم يمكن هناك رد اللبن المحلوب ولا رد شىء لأجله لأن اللبن لم يكن موجوداً فى حالة العقد وانما حدث فى ملكه وان كان قد ينتج في تلك الحالة شىء فذلك يسير لاحكم له وماحدث فى ملكه لايمنعه من الرد ولايوجب عليه بدلا كغلة العبد فهذا القسم لايمكن الخلاف فيه لأنه ليس عند العقد لبن يقابل بقسط من الثمن فايجاب البدل لايدل عليه معني ولأ يفيد ان فى ضرعها لبن مجتمع لبن العادة لا لبن التصرية فحلبها ثم علم بها عيباً فان كان اللبن تالفاً فلا رد لأنه تناوله لاستعلام العيب فلا يكن له رد بعض للبيع ونقل القاضي أبوالطيب أن من أصحابنا من قال له رد الشاة ولا يرد بدل اللبن وأنه نص عليه فى القديم لأن لبن غير التصرية يسير قال أبوالطيب والشاشى والأول أقيس واذا ضممت ماذكره الرافعي والماوردى إلى ما اختاره هو لاجتمع فى المسئلة فى هذا القسم خمس طرق (أحدها) امتناع الرد وهو اختيار الشيخ أبى حامد والقاضى أبي الطيب ومن وافقهما (والثانى) الرد فلا يرد بدل اللبن شيأ وهو المحكي عن نصه فى القديم والرافعي نقلا عن حكاية أبى حامد ولم أره فى تعليقه فى هذا القسم صريحا وانما ذكره مطلقاً وأما أبو الطيب فانه صرح به فى هذا القسم كما ذكرت (الطريق الثالث) قول صاحب التهذيب أنه يردها ويرد صاعا من تمر (الرابع) قول الماوردى انه يرد بدل اللبن ولا يرد الصاع (الخامس) قول الامام التخريج على

الثانى وتخالف النخيل والكرم لان ثمارها لا تكاد تحصل الا بالعمل وسائر الاشجار يثمر من غير تعهد وعمل عليها ولان الزكاة تجب فى ثمرتها فجوزت المساقاة سعيا فى تثميرها ليرتفق بها المالك والعامل والمساكين جميعاً ولأن الخرص يتأتى فى ثمرتها لظهورها وتدلى عنا قيدها وثمار سائر الأشجار تنتشر وتستتر بالأوراق فاذا تعذر الخرص تعذر تضمين الثمار للعامل وربما لا يثق المالك بأمانته فاذن تجويز المساقاة عليها أهم وفى شجر المقل وجهان تفريعاً على الجديد (عن) ابن سريج تجويز المساقاة عليها تخريجاً لظهور ثمرتها (وقال) غيره بالمنع لانه لا زكاة فيها (والضرب الثانى) مالا ثمرة له كالدلب والصنوبر وما أشبههما فلا تجوز المساقاة عليها وعن الشيخ أبى على وآخرين انا إذا جوزنا المساقاة

مقابلته بالقسط والأصح المقابلة فيلزم رد بدله لكن ماذا يرد هل هو التمر كما قال صاحب التهذيب أو غيره كما قال الماوردى لم يصرح الامام في ذلك بشيء وان كان اللبن باقياً فعند الشيخ أبي حامد والقاضي أبي الطيب ومن وافقهما ينبني على الوجهين المتقدمين فيما لو كان اللبن باقياً وطلب المشترى رده مع المصراة (إن قلنا) يرد رده وردها بالعيب (وان قلنا) لايرد يرجع بالأرش ولم يتعرض الرافعي رحمه الله وصاحب التهذيب والامام والماوردى لحالة بقاء اللبن بخصوصها والظاهر أن صاحب التهذيب القائل يرد به الصاع التمر لايفترق الحال عنده بين بقاء اللبن وتلفه كالمصراة على المذهب والماوردى يحتمل أن يكون كذلك وهو الظاهر لتعذر العلم بمقدار اللبن إلا أن يتفقا على رده وقول الامام محتمل لكلام صاحب التهذيب وكلام الماوردى كما تقدم فعلى هذا يأتى فى حالة بقاء اللبن أيضاً ست طرق (امتناع الرد) (أوالرد) (ولا يرد) معها شيأ (والرد) مع رد اللبن (أوالرد) مع رد التمر (أوالرد) مع رد البدل غير التمر (أوالتخريج) على المقابلة بالقسط وفى هذه المسئلة إذا قلنا يرد الشاة مع اللبن بدون مقابلة شيء ليس فى مسئلة المصراة على ذلك القول وهو أنا هناك نقول له أن يرد ويجبر البائع على القبول وللمشترى مع ذلك أن لا يرد اللبن ويرد الشاة وحدها مع التمر وأما هنا على هذا القول فانا نقول اما أن يرد اللبن والشاة واما أن لا يرد شيأ ولا نقول أن له رد التمر لأنه لو كان تالفاً لم يرد التمر وانما يمتنع فكذلك إذا كان باقياً واللبن عند هؤلاء لبن أخرى ورد عليها العقد فى غير التصرية والله أعلم * (تنبيه) اعلم أن كل من قال بالرد ورد شيء بدل اللبن يقول بأن اللبن يقابله قسط من الثمن ومن يقول بأنه لا يرد أصلا يقول بأنه مقابل بالقسط فيشبه أن تكون إطلاقاتهم مخرجة على ذلك لا أن تكون طريقة مخالفة وحينئذ تعود الطريق إلى القسم الأول إلى أربعة فى الثانى إلى خمسة وانما ذكرت طريقة الامام معهم لمغايرتها فى ظاهر العبارة والله تعالى أعلم * واذا وقفت على ماتقدم علمت أن الذى ينبغى أن يكون هو الصحيح أحد قولين اما امتناع الرد فى القسم الأول كما اختاره الشيخ أبو حامد وقال القاضى أبو الطيب انه الأقيس وذلك لأن

على غير النخل والكرم من الأشجار للثمرة فنى المساقاة على شجر الفرصاد وجهان تنزيلا لأوراقها منزلة ثمار الاشجار المثمرة وكذلك فى شجر الخلاف لأغصانها التى تقصد كل سنة أو سنتين (والقسم الثاني) مالاساق لها من النبات فلا تجوز المساقاة عليه ومنه البطيخ والقثاء وقصب السكر والباذنجان والبقول التى لا تثبت فى الارض ولا تجز إلا مرة (وأما) ما يثبت في الارض ويجز مرة بعد أخرى نقل صاحب التتمة فيه وجهين (الاصح) المشهور المنع لان المساقاة جوزت رخصة على خلاف القياس فلا تتعدى إلى غير موردها ومن هذا القبيل الزروع على تنوعها فلا يجوز أن يعامل على الارض ببعض ما يخرج من زرعها على ماسنشرحه فى الفصل الذى يلى هذا الفصل (وقوله) في الكتاب

الصحيح أن اللبن يقابله قسط من الثمن فليس له أن يرد من غير رد بدله ولا مع بدله لما فيه من تفريق الصفقة ورد الشاة بعد تعيبها بما ليس من ضرورة الوقوف على العيب ولأن الصاع الذى جعل بدلا عن اللبن ورد فى المصراة على خلاف القياس فلا يقاس غيره عليه وكذلك فى القسم الثانى لأنهم بنوه على الوجهين السابقين فى رد لبن المصراة عند بقائه والصحيح هناك أنه لا يجب على البائع قبوله ومقتضى البناء أن يكون الصحيح هنا أنه لا يرد ويأخذ الأرش وأخذ الأرش فى القسمين إذا قلنا بامتناع الرد سواء كان اللبن باقياً أو تالفاً وإن سكتوا عنه فالصحيح حينئذ امتناع الرد مطلقاً فى القسمين (وأما) قول صاحب التهذيب أنه يردها وصاعاً من تمر مطلقاً فى القسمين ففيه بعد فان فى الحديث الوارد فى المصراة ان صح قياس هذه عليه وجب أن يرد التمر كما قال صاحب التهذيب وان لم يصح قياسها على المصراة وجب أن يجرى فيها على حكم القياس فيمتنع الرد كما قاله أبو الطيب ومن وافقه فقول الماوردى مخالف للامرين جميعاً فأصح الأقوال وأحسنها أحد قولين (أما) قول أبي الطيب ومن وافقه (وأما) قول صاحب التهذيب وفى كل منهما مرجح (أما) قول صاحب التهذيب فلأنه لما علم من الشارع فى المصراة ان بدل اللبن صاع من تمر وجب أن يكون ذلك بدلا له فى المصراة فى غيرها لاسيما والمعنى الذى ثبت لأجله من قطع التنازع موجود ههنا فيثبت بالقياس على المصراة (وأما) قول الشيخ أبي حامد وأبى الطيب ومن وافقهما فيرجحه الجريان على القياس الكلى فى غير المصراة وقصر الحكم الوارد فى الحديث على محل النص لكونه مخالفاً للقياس فلا يتعدى به محله والمختارون لهذا القول من العراقيين أكثر وقال صاحب العدة انه ظاهر المذهب وعندى فى الترجيح بين القولين نظر ان قوى القياس على المصراة يترجح قول صاحب التهذيب وإلا يرجح قول أبي الطيب وهو ومن وافقه يجيبون عن القياس على المصراة بأن المصراة حلبها لاستعلام العيب بخلاف هذه والقلب إلى ماقاله هؤلاء أميل منه إلى ماقاله صاحب التهذيب والعجب أن الرافعى لم يتعرض لهذا ولا حكاه هذا إذا كان عند العذر ابن موجود له قيمة فان لم يكن

وفيما عداه من الاشجار المثمرة قولان فيه لفظان الشجرة والاثمار أما الاثمار ففى التقييد به بيان انه إذا لم يكن الشجر مثمراً لم تجز المساقاة عليه جزماً وليس ذلك محل القولين (وأما) الشجر فقد بينه بقوله وكل ما ثبت أصله فشجر أى هو الذى يجرى فيه القولان (أما) ما لا ثبات له فلا يقع عليه اسم الشجر وليس ذلك موضع القولين (وقوله) إلا البقل يعني أنه مع ثبوت عروقه فى الارض لا يقع عليه اسم الشجر ولا يجرى فيه القولان فكان اسم الشجر مخصوصا بذى الساق فى عرف اللسان قال الله تعالى (والنجم والشجر يسجدان) قيل فى التفسير النجم ما لا ساق له من النبات والشجر ماله ساق فلا يبعد اعلام قوله إلا البقل بالواو للوجه المروى فى التتمة *

كذلك جاز رد الشاة وحدها كما تقدم وذلك مما لانزاع فيه (واعلم) أن إطلاق النص يقتضى أيضاً مخالفة قول الأكثرين وقول صاحب التهذيب وقول الماوردى وانه يردها ولا يرد معها شيأ فاما أن يكون ذلك من الأقوال القديمة كما اقتضاه نقلهم له عن القديم واما أن يكون محمولا على ما إذا كان ابن يسير أما اللبن الكثير فهو مقابل بقسط من الثمن على ما صرح به الشافعى رضى الله عنه فى الأم وحكيناه فى غير موضع فلا يمكن القول بالرد بدون رد بدله - والله أعلم - إلا إذا قلنا بأنه لايقابل بقسط من الثمن ويحتمل أن يحمل قول الشافعى رضى الله عنه لايرد شيأ لأجل اللبن أى اللبن الحادث فان فى نصه الذى حكاه ابن بشرى قال «واذا اشترى شاة غير مصراة فاحتلبها شهراً أو أكثر ثم ظهر على عيب دلس له فيها ردها ولم يرد معها شيأ» وقوة هذا الكلام تشير إلى أنه لايرد معها شيأ عن ذلك الذى احتلبه طول الشهر وصاحب التهذيب فيما قاله فى هذه المسئلة تابع القاضى حسين فانه سئل عنها فقال ينبغى أن يرد معها صاعاً من تمر والله أعلم *

﴿ فرع ﴾ إذا كانت الشاة غير مصراة وشككنا هل كان فى ضرعها حين البيع ابن له قيمة أولا لم يرد معها شيأ وعليه يحمل قول الشيخ أبى حامد ومن وافقه فيما تقدم أن غير المصراة لايتحقق وجود لبنها حالة العقد فلم يتقسط عليه الثمن فلم يجب رد قيمته والله أعلم *

﴿ فرع ﴾ الكلام إلى هنا فى بيع المصراة ومن الفصل الذي بعده فى الرد بالعيب والمزنى فى المختصر وأكثر الأصحاب جعلوا ذلك بابين فترجموا الأول بباب بيع المصراة وترجموا الثانى بباب الخراج بالضمان والرد بالعيوب والمصنف رحمه الله جعل ذلك بابا واحداً لاشتراكهما فيما نبهت عليه أول الباب والله أعلم * قال المصنف رحمه الله تعالى *

﴿ ومن ملك عيناً وعلم بها عيباً لم يجز أن يبيعها حتى يبين عيبها لما روى عقبة بن عامر رضى الله عنه قال سمعت النبى صلى الله عليه وسلم يقول المسلم أخو المسلم فلا يحل لمسلم باع من أخيه بيعاً يعلم فيه عيباً

قال ﴿ ولا يجوز (و) هذه المعاملة عليه لنهيه عليه الصلاة والسلام عن المخابرة وهى أن يكون البذر من العامل * وعن المزارعة وهى (و) أن يكون البذر من المالك * نعم يجوز ذلك على الاراضى المتخللة بين النخيل والكرم تبعا للمساقاة بشرط اتحاد العامل وعسر افراز الأراضى بالعمل * فلو وقعت متغايرة بتعدد الصفقة أو بتفاوت الجزء المشروط من الزرع والثمر أو بكثرة الاراضى وان عسر افرازها بالعمل أو بكون البذر من العامل ففى بقاء حكم التبعية فى الصحة خلاف ﴾ *

المخابرة من الخبير وهو الاكار ويقال هى مشتقة من الخبار وهى الارض الرخوة ثم ذهب بعض الاصحاب إلى أن المخابرة المزارعة عبارتان عن معبر واحد ويوافقه قوله فى الصحاح والخبير

إلا بينه له» فان علم غير المالك بالعيب لزمه أن يبين ذلك لمن يشتريه لما روى أبو سباع قال «اشتريت ناقة من دار واثلة بن الاسقع فلما خرجت بها أدركنا عقبة بن عامر فقال هل بين لك مافيها قلت وما فيها إنها لسمينة ظاهرة الصحة فقال أردت بها سفراً أم أردت بها لحما قلت أردت عليها الحج قال إن بخفها نقباً قال صاحبها أصلحك الله ماتريد إلى هذا تفسد علي قال إني سمعت رسول الله ﷺ يقول لايحل لأحد يبيع شيأ إلا بين مافيه ولا يحل لمن يعلم ذلك إلا بينه» فان باع ولم يبين العيب صح البيع لان النبي ﷺ صحح البيع فى المصراة مع التدليس بالتصرية ﴾

﴿ الشرح ﴾ حديث عقبة بن عامر هذا رواه ابن ماجه وأخرجه الحاكم فى المستدرك وقال هذا حديث صحيح على شرط الشيخين ولم يخرجاه فاما حكمه بصحته فصحيح لان رواته كلهم ثقاة من رجال الصحيح ولايظهر فيه علة مانعة (وأما) قوله إنه على شرط الشيخين ففيه نظر لأن فى رواته يحيي بن أيوب وهو الغافقي وشيخ شيخه عبد الرحمن بن شماسة وكلاهما لم يرو عنه البخارى وانما هما من أفراد مسلم وللحاكم شيء كثير مثل هذا وذلك محمول منه - والله أعلم - على أن الرجال المذكورين فى إسناد هذا الحديث لاتقصر رتبتهم عن الرجال الذين اتفق الشيخان عليهم واثبات ذلك صعب فانه يتوقف على سبر جميع أحوال هؤلاء وهؤلاء والموازنة بينهما وان تأتى ذلك فى النادر فانه يصعب فى الأكثر ولعل عند البخارى شيأ من حال الشخص الذى لم يخرج له لانطلع نحن عليه فدعوى انه على شرطه فيها ما علمت نعم هذا الحديث على شرط مسلم لأن الرجلين المذكورين أخرج لهما مسلم والباقين متفق عليهم وقد ذكر البخارى فى جامعه الصحيح هذا الحديث من كلام عقبة بن عامر فقال فى باب إذا بين البيعان ولم يكتما ونصحا وقال عقبة بن عامر «لايحل لامرىء يبيع سلعة يعلم بها داء إلا أخبره أو رده هكذا معلقاً وذلك لايقدح فى رواية من رواه مرفوعاً وعقبة أفتي بذلك بمقتضى الحديث الذى سمعه من النبي ﷺ (واعلم) أن فى لفظ الحديث فى رواية كل من ابن ماجه والحاكم مخالفة يسيرة فى اللفظ لما ذكره

الا كار ولفظ المخابرة وهى المزارعة ببعض ما يخرج من الارض والصحيح وهو ظاهر نص الشافعى رضى الله عنه انهما عقدان مختلفان فالمخابرة هى المعاملة على الارض ببعض ما يخرج منها والبذر من العامل والمزارعة هى هذه المعاملة والبذر من مالك الأرض وقد يقال المخابرة اكتراء الأرض ببعض ما يخرج منها والمزارعة اكتراء العامل ليزرع الأرض ببعض ما يخرج منها وهذا المعنى لا يختلف ويجوز أن يعلم قوله فى الكتاب وهو أن يكون البذر على العامل وكذا وهى أن يكون البذر من المالك - بالواو - إشارة إلى قول من قال هما عبارتان عن معبر واحد فان عند ذلك القائل ليس واحدا من هذين الخصوصين بداخل فى واحد من اللفظين بل هما عبارتان عن مجرد المعاملة على الأرض

المصنف رحمه الله فى الكتاب فان لفظ ابن ماجه «المسلم أخو المسلم ولا يحل لمسلم باع لأخيه بيعاً فيه عيب إلا بينه له» ولفظ الحاكم كذلك وكذلك البيهقي عنه «المسلم أخوالمسلم ولايحل لمسلم إن باع من أخيه بيعاً فيه عيب انلابينه له» وليس فى شيء من الروايتين التقييد بالعلم كما فى كلام المصنف رحمه الله وان كان العلم لابد منه فى التكاليف ولكن ترك ذكره كما في الرواية أبلغ فى الزجر عن ذلك وأدعى إلى الاحتياط والاحتراز فانه قد يكون بالمبيع عيب لايعلمه البائع ولكنه متمكن من الاطلاع عليه ولو بحث عنه واستكشفه لعلمه فاها له لذلك وتركه الاستكشاف مع تجويزه له تفريط منه لايمنع تعرضه للاثم بسببه نعم التقييد بالعلم مذكور فى الأثر الذى ذكره البخارى من كلام عقبة و بقية المخالفة فى اللفظ يسيرة لايتعلق بها معني وكل الالفاظ المذكورة تدل على أن الذى لايحل هو الكتمان لاالبيع ومعرفة هذا هنا نافعة فى صحة البيع كما سيأتى إن شاء الله تعالى فى آخر الفصل وروى هذا الحديث عقبة بن عامر بن عبس ـ بباء موحدة من تحت ساكنة ـ الجهنى وفى نسبه وكنيته اختلاف كثير والاصح فى كنيته أبو حماد سكن مصر وكان والياً عليها وتوفى بها فى آخر خلافة معاوية وروى عنه جماعة من الصحابة وخلق من التابعين وسند هذا الحديث من يحيى بن أيوب اليه وهم أربعة كلهم

ببعض مايخرج منها وقد اشتهر فى الاخبار النهى عن المخابرة «قال ابن عمر كنا نخابر ولا نرى بذلك بأساً حتى أخبرنا رافع بن خديج أن النبي ﷺ نهى عنه فتركناها لقول رافع» [1] وعن جابر وغيره أن النبي صلى الله عليه وسلم «نهي عن المخابرة» [2] وأما المزارعة فمن رواية ثابت بن الضحاك أن النبي صلي الله عليه وسلم «نهى عن المزارعة» [3] وقال كثيرون لم يرد فيها نهى لكنها شبهت بالمخابرة فأبطلت وساعدنا على ابطال المخابرة والمزارعة معاً مالك وأبو حنيفة وأبطل أحمد المخابرة وكذلك المزارعة فيجوز أن يعلم لذلك قوله فى الكتاب فلا تجوز هذه المعاملة عليه كذلك بالواو لأن ابن سريج فيما حكاه المسعودى جوز المزارعة إذا تقرر ذلك فهما أفردت الارض مخابرة

---

(١) ﴿ حديث ﴾ ابن عمر كنا نخابر ولا نرى بذلك بأساً حتى أخبرنا رافع بن خديج أن صلى الله عليه وسلم نهى عنه فتركناه لقوله . الشافعى عن ابن عيينة عن عمرو سمعه يقول سمعت ابن عمر بهذا ورواه مسلم بمعناه عن أبى بكر بن أبى شيبة وغيره عن ابن عيينة *

(٢) ﴿ حديث ﴾ جابر وغيره أن النبي ﷺ نهى عن المخابرة متفق عليه من حديث جابر وأخرجه أبو داود من حديث زيد بن ثابت *

(٣) ﴿ حديث ﴾ ثابت بن الضحاك أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن المزارعة مسلم به وأتم منه *

مصريون وقبر عقبة معرف مشهور بالقرافة وحديث واثلة بن الأسقع الذى ذكره المصنف رحمه الله أخرجه الحاكم فى المستدرك من طريق أبى سباع المذكور وقال هذا حديث صحيح الاسناد ولم يخرجاه وفى حكمه بصحته نظر فانه من رواته أبى جعفر الرازى عن يزيد بن أبى مالك عن أبى السباع وأبى جعفر الرازى وهو عيسى ابن عبد الله بن ماهان التيمى وثقه يحيي بن معين وأبو حاتم الرازى وتكلم فيه جماعة قال الفلاس سيء الحفظ وقال أبو زرعة الرازى يهم كثيراً وقال أحمد ليس بقوى وقال مرة مضطرب الحديث وقال مرة صالح الحديث وعن الساجى أنه قال صدوق ليس بمتقن وقال ابن حبان كان ممن ينفرد بالمناكير عن المشاهير لا يعجبنى الاحتجاج بخبره إلا فيما يوافق الثقاة ولا يجوز الاعتبار بروايته فيما لم يخالف الاثبات وأما يزيد ابن أبى مالك فقال يعقوب النسوى فى حديث ليس كاتبه خالد هذا ما قاله النسوى وقال أبو حامد من فقهاء الشام وهو ثقة وسئل أبو زرعة عنه فأثنى عليه خيراً وهو يزيد بن عبد الرحمن بن أبى مالك وقد روى عنه واثلة نفسه وما قاله أبو حاتم وأبو زرعة فيه أولى مما قاله النسوى وأما أبو سباع فشامى تابعى لم أعلم من حاله غير ذلك وواثلة ابن الأسقع الراوى لهذا الحديث من الصحابة المشهورين وهو من بنى ليث بن بكر بن عبد مناف بن كنانة واختلف فى نسبه إلى ليث ولا خلاف أنه من بنى ليث أسلم والنبى صلى الله عليه وسلم يتجهز إلى تبوك ويقال انه خدم النبى صلى الله عليه وسلم ثلاث سنين وعلى هذا يكون إسلامه قبل تبوك ان كان المراد ثلاث سنين كوامل وكان من أهل الصفة سكن الشام بقرية يقال لها البلاط على ثلاث فراسخ من دمشق وشهد المغازى بدمشق وحمص ثم تحول إلى بيت المقدس ومات بها وهو ابن مائة سنة وقال ابن معين توفى سنة ثلاث وثمانين وهو ابن مائة وخمس سنين كذا قال البخارى فى التاريخ الكبير ورواه فى الصغير عن ابن عباس وهو اسماعيل عن سعيد بن خالد وقيل بل توفى بدمشق فى آخر خلافة عبد الملك سنة خمس أو ست وثمانين قال

أو مزارعة فالعقد باطل ثم ان كان البذر للمالك فالريع له وللعامل أجرة مثل عمله وأجرة مثل الآلات والثيران إن كانت له وان كان للعامل فالريع له ولمالك الارض أجرة مثل الارض على العامل وان كان البذر بينهما فالريع بينهما ولكل واحد منهما على الآخر أجرة ما انصرف من المنافع المستحقة له إلى جهة المزارعة وإذا أراد أن يكون الزرع بينهما على وجه مشروع من غير أن يرجع أحدهما علي الآخر شيء نظر ان كان البذر بينهما والارض لاحدهما والعمل والآلات للثانى فعن الشافعى رضى الله عنه أن صاحب الارض يعير نصف أرضه من العامل ويتبرع العامل بمنفعة بدنه ومنفعة آلاته فيما يتعلق بصاحب الارض وقال المزنى يكرى صاحب الارض نصف أرضه من العامل بعشرة مثلا ويكرى

أبو مسهر ويحيى بن بكير مات سنة خمس وثمانين وهو ابن ثمان وتسعين سنة يكنى أبا الأسقع وقيل أبو محمد وقيل أبو قرصافة وهذا القول الثالث فى كنيته قال البخارى انه وهم وقيل أبو الخطاب نقله البغوى فى معجمه والصحيح فى نسبه واثلة بن الاسقع بن عبد العزى بن عبد ياليل بن باسب بن غبرة ابن سعد بن ليث بن بكر والاسقع بقاف وغيره - بغين معجمة مكسورة وياء مثناة من تحت مفتوحة - ومن فضائله ما ذكره البخارى فى تاريخه عنه قال لما نزلت (انما يريد الله ليذهب عنكم الرجس أهل البيت) فقال وأنا من أهلك فقال وأنت من أهلى قال فهذا أرجا ماارتجى وأكثر الناس يقولون فيه واثلة بن الأسقع وروى عن مكحول قال هو واثلة بن عبد الله بن الأسقع وأبو السباع شامى تابعى ذكره الحاكم أبو أحمد وابن عساكر من طريقه ولم يزد على ذلك وروى البيهقى هذا الحديث فى السنن الكبير عن الحاكم وأبى بكر الحرى معاً بذلك الاسناد ولفظ الحديث فى المستدرك وسنن البيهقى كما ذكره المصنف رحمه الله إلا شيئاً يسيراً فيه فلما خرجت بها أدركني واثلة وهو يجر رداءه فقال يا عبد الله اشتريت قلت نعم قال بين لك ما فيها والباقى سواء فى المعنى وهذان الحديثان اللذان ذكرهما المصنف رحمه الله عن عقبة وواثلة متفقان على تحريم كتمان البائع العيب ويزيد حديث واثلة بتحريم ذلك على غير البائع أيضاً إذا علمه وقد وردت أحاديث فى المعنى غير ما ذكره المصنف منها عن أبى هريرة أن النبى ﷺ «مر علي صبرة طعام فأدخل يده فيها فنالت أصابعه بللا فقال ما هذا ياصاحب الطعام قال أصابته السماء يا رسول الله قال أفلا جعلته فوق الطعام حتي يراه الناس من غش فليس مني» رواه مسلم فى أول كتابه الصحيح وأصحاب السنن وعن أبى هريرة رضى الله عنه أن النبي ﷺ «مر برجل يبيع طعاماً فقال كيف تبيع فأخبره فأوحى الله اليه أن أدخل يدك فيه فأدخل يده فاذا هو مبلول فقال له رسول الله ﷺ ليس منا من غش» رواه البيهقى وعن العداء - بفتح العين وتشديد الدال المهملة وبعدها ألف ممدودة - ابن خالد قال كتب إلى النبي ﷺ «هذا

العامل ليعمل على نصيبه بنفسه وآلاته بعشرة ويتقاصان قل الأصحاب يكريه نصف أرضه بنصف منافع العامل ومنافع آلاته المصروفة إلى الزراعة فهذه ثلاث طرق (والثالث) أحوطها وان كان البذر لأحدهما خاصة فان كان لصاحب الارض أقرض نصف البذر من العامل واكترى منه نصف الأرض بنصف عمله ونصف منافع الآلات وحينئذ لاشيء لأحدهما على الآخر إلا رد القرض وان شاء استأجر العامل بنصف البذر ونصف منفعة تلك الأرض ليزرع له النصف الآخر وأعار منه نصف الأرض وإن شاء استأجر بنصف البذر بنفقة تلك الأرض ليزرع ما يبقى من ذلك البذر فى تلك الأرض وان كان البذر للعامل فان شاء أقرض نصف البذر من صاحب الارض واكترى منه نصف الارض بنصف عمله ومنافع الآلات وان شاء اكترى نصف الأرض بنصف البذر ويتبرع بعمله ومنافع الآلات وان شاء اكترى منه نصف الأرض بنصف البذر ونصف عمله ونصف منافع الآلات ولابد فى هذه

ما اشترى محمد رسول الله من العداء بن خالد بيع المسلم المسلم لا داء ولا خبثة ولا غائلة » رواه البخارى تعليقاً فقال ويذكر عن العداء بن خالد وقال قتادة الغائلة الزنا والسرقة والاباق وهكذا هو فى البخارى اشترى محمد رسول الله من العداء بن خالد والخبثة ما كان من غير طيب الكسب وسأل الأصمعى سعيد بن أبى عروبة عنها فقال بيع أهل عهد المسلمين والأول أصح وهى ــ بكسر الخاء وسكون الباء الموحدة وبالثاء المثلثة ــ فكأنه يقول لا مرض ولا حرام ولاشىء يقوله أى بملكه من اباق وغيره ورواه الترمذى وابن ماجه متصلا كلاهما عن محمد بن بشار عن عباد بن الليث عن عبد المجيد بن وهب قال قال لى العداء بن خالد بن هودة «ألا أقرؤك كتاباً كتبه لي رسول الله ﷺ قلت بلي فأخرج لى كتاباً هذا ما اشترى العداء بن خالد بن هودة من محمد رسول الله ﷺ اشترى منه عبداً أو أمة لا داء ولا غائلة ولا خبثة بيع المسلم للمسلم» قال الترمذى هذا حديث حسن غريب وعن مكحول وسليمان بن موسى كليهما عن واثلة بن الأسقع قال سمعت رسول الله ﷺ يقول « من باع عيباً ولم يبينه لم يزل فى مقت الله ولم تزل الملائكة تلعنه » رواه ابن ماجه وعن عمير ابن سعيد عن عمه وهو الحارث بن سويد النخعى قال خرج رسول الله ﷺ «إلى البقيع فرأى طعاماً يباع فى غرائر فأدخل يده فأخرج شيئاً كرهه فقال من غشنا فليس منا» قال الحاكم فى المستدرك هذا حديث صحيح وعن أبى الحمراء قال رأيت رسول الله ﷺ «مر بجنبات رجل عنده طعام فى وعاء فأدخل يده فيه فقال لعلك غشيته من غشنا فليس منا » رواه ابن ماجه والأحاديث فى تحريم الغش ووجوب النصيحة كثيرة جداً وحكمها معلوم من الشريعة وكتمان العيب غش وفى حديث حكيم ابن حزام الثابت فى الصحيحين عن النبى ﷺ «قال البيعان بالخيار مالم يتفرقا فان صدقا وبينا بورك لهما فى بيعهما وان كذبا وكتما محقت بركة بيعهما » وعن تميم الدارى رضى الله عنه أن النبى ﷺ « قال الدين النصيحة » وعن جرير رضى الله عنه قال بايعت رسول الله ﷺ « على إقامة الصلاة

الاجارات من رعاية الشرائط كرؤية الأرض والآلات وتقدير المدة وغيرها هذا إذا أفردت الأرض بالعقد أما إذا كان بين النخيل بياض تجوز المزارعة عليه مع المساقاة على النخيل وعلى ذلك يحمل ماروى أنه صلى الله عليه وسلم « ساقى أهل خيبر على نصف التمر والزرع » (١) وسببه الحاجة لعسر الافراد ومداخلة البستان وشرط فيه اتحاد العامل فلا يجوز أن يساقى واحداً ويزارع آخر لأن غرض الاستقلال لا يحصل ويشترط أيضاً تعذر افراد النخيل بالسقى وأفراد البياض بالعمل لانتفاع النخيل بسقيه وتقليبه فان أمكن الافراد لم تجز المزارعة على البياض واختلفوا فى اعتبار أمور أخر (أحدها) اتحاد الصفقة واعلم أن لفظ المعاملة يشمل المساقاة والمزارعة فلو قال عاملتك على هذه النخيل والبياض بينهما بالنصف كفى (وأما) لفظ المساقاة والمزارعة فلا يغنى أحدهما عن الآخر بل يساقى على النخيل ويزارع على البياض وحينئذ فان قدم المساقاة نظر ان أتى بها على الاتصال فقد اتحدت الصفقة وتحقق الشرط وان فصل بينهما

---

(١) ﴿حديث﴾ أن النبي صلى الله عليه وسلم ساقى أهل خيبر على نصف التمر والزرع تقدم فى أول الباب*

وإيتاء الزكاة والنصح لكل مسلم» رواهما مسلم أما اللغة فالعيب قال الجوهري العيب والعيبة والعاب بمعنى واحد تقول عاب المتاع إذا صار ذا عيب وعيبته أنا يتعدى ولا يتعدى فهو معيب ومعيوب أيضاً على الأصل فيقول ما فيه معابة ومعاب أي عيب والمعاب العيوب وعيبه نسبه إلى العيب وعنه جعله ذا عيب وتعييبه مثله وقال ابن فارس العيب في الشيء معروف وقد قسم أصحابنا العيب وأوضحوه وبينوه بياناً شافياً وسأذكر ذلك إن شاء الله تعالى عند قول المصنف والعيب الذي يرد به المبيع مايعده الناس عيباً والنقب -بفتح النون والقاف وبعدها باء موحدة وهو مصدر نقب بكسر القاف ينقب بفتحها- يقال نقب خف البعير إذا رق وحفي ونقب الخف إذا تخرق ويقال نقب البيطار -بفتح القاف- سرة الدابة ليخرج منها ماء وتلك الحديدة منقب وذلك المكان منقب وقوله بخفها قال أهل اللغة الخف للبعير والحافر للفرس والبغل والحمار وما ليس بمنشق القائم من الدواب والظلف للبقر والغنم والظباء وكل حافر منشق منقسم والتدليس المراد به إخفاء العيب مأخوذ من الدلسة وهي الظلمة قال الأزهري التدليس أن يكون بالسلعة عيب باطن ولايخبر البائع المشترى له بذلك العيب الباطن ويكتمه إياه فاذا كتم البائع العيب ولم يخبر به فقد دلس ويقال فلان لايدالس ولايواكس أي لايخادع وما في فلان دلس ولا دكس أي مافيه خبث ولا مكر ولا خيانة هذا من كلام الأزهري رحمه الله (أما) الاحكام فقد تضمن الفصل ثلاث مسائل الأولى أن من ملك عيناً وعلم بها عيبا لم يجز أن يبيعها حتى يبين عيبها وهذا الحكم متفق عليه للنصوص المتقدمة لاخلاف فيه بين العلماء قال الشافعي رحمه الله في آخر باب الخراج بالضمان من المختصر وحرام التدليس وكذلك جميع الأصحاب (وأما) ما قاله الجرجاني في الشافي والمحاملي في المقنع أنه إذا كان مع الرجل سلعة وبها عيب يعلمه وأراد بيعها استحب له إظهاره فعبارة رديئة موهمة لأن ذلك غير واجب وذلك لايقوله أحد له علم وتقييد المصنف رحمه الله بالعلم قد تقدم شيء من الكلام وان نص الحديث مطلق بخلاف ماأورده المصنف

ففي وجه تصح المزارعة لحصولهما لشخص واحد والأصح المنع لأنها تبع ولا يجوز افرادها كما لو زارع مع غير عامل زارع المساقاة وان قدم المزارعة فسدت فان التابع لا يتقدم على المتبوع كما لو باع بشرط الرهن لا يجوز تقديم شرط الرهن على البيع وفيه وجه أنها تنعقد موقوفة أن ساقاه بعدها على النخيل بأن صحتها وإلا فلا (والثاني) لو شرط للعامل من الثمر النصف ومن الزرع الربع فأحد الوجهين أنه لا يجوز ويشترط تساوي الشروط لأن التفضيل يبطل التبعية ألا ترى أنه لو باع شجرة عليها ثمرة لم يبد فيها الصلاح وقال بعتك الشجرة بعشرة والثمرة بدينار لم يجز إلا بشرط القطع (وأصحهما) الجواز لأن المزارعة وان جوزت تبعاً للمساقاة فكل منهما عقد برأسه (والثالث) لو كثر البياض المتخلل فوجهان وان عسر الأفراد (أحدهما) المنع لأن الأكثر لا يتبع الأقل (وأصحهما) الجواز لأن الحاجة لا تختلف ثم النظر في الكثرة إلى زيادة الثمار والانتفاع أو إلى مساحة

رضى الله عنه فى التنبيه ومن علم بالسلعة عيبا لم يجز أن يبيعها حتى يبين عيبها وذلك يشمل المالك والوكيل والولى وعبارته هنا مختصة بالمالك لكن الوكيل والولى يندرج فى قوله هنا وان علم غير المالك بالعيب لزمه أن يبين وقول المصنف رحمه الله فى الكتابين جميعا يدل على أن البيع عند كتمان العيب محرم وعبارة الشافعى فى قوله وحرام التدليس وكذلك عبارة كثير من الأصحاب تدل على حرمة كتمان العيب ووجوب بيانه ولم يتعرض للبيع وكذلك ألفاظ الاحاديث فى ذلك وقد أشرت إلى هذا المعنى فيما تقدم ولكن لامنافاة بين الكلامين وكلا الامرين حرام وحرمتهما مختلفة فالتدليس حرام بالقصد فى نفسه والبيع ليس حراما لذاته ولكن حرام لغيره وهو كتمان العيب وضبط هذا نافع فيما سيأتى فى صحة البيع وفى عبارة المصنف والأصحاب والفاظ الحديث تنبيه على أنه لايكفى البائع العالم بالعيب أن يقول هو معيب أو يبيعه بشرط البراءة من العيوب أو يقول ان به جميع العيوب أو أنه لايضمن غير الحل كما جرت عادة بعض الناس بفعل ذلك بل لابد من بيان العيب المعلوم بعينه والعبارات الأول كلها فيها إجمال لا بيان وقد يظن المشترى سلامته عن ذلك فان البائع إنما قال ذلك حذراً من العهدة بخلاف ما إذا نص له على العيب بعينه فانه يدخل فيه على بصيرة واطلاق المصنف رحمه الله والأصحاب والشافعى حرمة التدليس ووجوب البيان يتناول ما إذا كان المشترى مسلما أو كافرا ولفظ الأحاديث التى ذكرت واستدل بها المصنف رحمه الله إنما تدل على المسلم للمسلم وهذا كما ورد فى الخطبة على خطبة أخيه والسوم على سومه وجمهور أصحابنا وجمهور العلماء رحمهم الله على أنه لا فرق فى ذلك بين المسلم والكافر وحكي الرافعى فى كتاب النكاح عن أبى عبيد بن حربوته من أصحابنا فى الخطبة ان المنع مخصوص بما إذا كان مسلماً أما الذمى فتجوز الخطبة على خطبته قال وبمثله أجاب فى السوم على السوم (قلت) فيحتمل أن يطرد ذلك هنا أيضاً ويحمل تحريم الكتمان خاصاً بما إذا كان المشترى مسلماً ويوافقه ماتقدم فى الحديث بيع المسلم المسلم لاداء ولاخبثة وفسر سعيد ابن أبى عروبة

البياض وساحة مغارس الاشجار فيه تردد للأئمة (والرابع) لو شرط كون البذر من العامل جاز فى أحد الوجهين وكانت المخابرة تبعاً للمساقاة كالمزارعة ولم تجز فى أصحهما لأن الخبر ورد فى المزارعة وهى أشبه بالمساقاة لأنه لا يتوظف فيهما على العامل إلا العمل وشرط أن يكون البذر من المالك والثور من العامل أو بالعكس فيه وجهان عن أبى عاصم العبادى (والأصح) الجواز إذا كان البذر مشروطاً على المالك لأنه الأصل فكأنه اكترى العامل وثوره (قل) وان حكمنا بالجواز فيما إذا شرط الثور على المالك والبذر على العامل فينظر ان شرط الحب والتبن بينهما جاز وكذا لو شرط الحب بينهما والتبن لأحدهما لاشتراكهما فى المقصود وان شرط التبن لصاحب الثور المالك والحب للآخر لم يجز لأن المالك هو الأصل فلا يحرم المقصود وإن شرط التبن لصاحب البذر وهو العامل (فوجهان) وقيل لا يجوز شرط الحب لأحدهما والتبن للآخر أصلا لأنه شركة مع الانقسام

الخبثة بيع أهل العهد ويحتمل أن لايطرد ابن حربوتة مذهبه هنا وهو الأقرب ويفرق بأن الخطبة على الخطبة والسوم على السوم ليس فيه إلا إيغار الصدور وذلك حاصل فى حق الكافر (وأما) كتمان العيب ففيه ضرر بين وأخذ المال الذى بذله المشترى ثمناً على ظن السلامة وله استرجاعه عند الاطلاع فكيف يحكم باباحة ذلك على مالايظن بأحد من العلماء القول به على أن قول ابن حربوتة فى الخطبة على الخطبة والسوم على السوم مخالف لقول جمهور العلماء قالوا تحرم الخطبة على خطبة الكافر أيضاً وممن وافق ابن حربوتة في الخطبة على الخطبة الاوزاعي والظاهر أنه لايطرد ذلك فى مسألتنا هنا للفرق المتقدم ومن الحجة علي تعميم الحكم فى مسألتنا وفى مسئلة الخطبة والسوم والبيع على البيع قوله ﷺ «لهم ما للمسلمين وعليهم ما على المسلمين» (وأما) التقييد فى هذه الأحاديث فانه خرج على الغالب ولا يكون له مفهوم أو أن المقصود التهييج والتنفير عن فعل هذه الامور من يشاركه فى الاسلام والآخرة ويثبت عمومه بدليل آخر والله أعلم (المسئلة الثانية) أنه ان علم غير المالك بالعيب لزمه أن يبين ذلك لمن يشتريه للحديث الثانى الذى ذكره المصنف ولقوله ﷺ «الدين النصيحة» والاحاديث فى ذلك كثيرة صحيحة صريحة وممن صرح بهذه المسألة مع المصنف رحمه الله ابن أبي عصرون والنووى فى الروضة من زياداته وذلك مما لا أظن فيه خلافا لوجوب النصيحة وقد دخل فى قول المصنف غير المالك البائع بوكالة أو ولاية الذى دل كلامه فى التنبيه عليه وغير البائع ومن ليس له تعلق بهما إلا أنه اطلع على العيب وان كان أجنبيا كما فى قصة واثلة الاسقع وله ثلاثة أحوال (أحدها) أن يعلم أن البائع أعلم المشترى بذلك فلايجب عليه الاعلام فى هذه الحالة لحصول المقصود باعلام البائع (الحالة الثانية) أن يعلم أو يظن أو يتوهم أن البائع لم يعلمه فيجب عليه لاطلاق الحديث ولقصة واثلة فانه استفسر من المشترى هل أعلمه البائع فدل على أنه لم يكن جازما بعدم إعلامه وذلك لانه من جملة النصح لكن هذا إنما يكون إذا كان التوهم محتملا فلو وثق بالبائع لدينه وغلب على ظنه أنه يعلم المشترى به وهى الحالة الثالثة فيحتمل أن

وأشبه ما إذا ساقاه على الكروم والأشجار وشرط ثمار الكروم لأحدهما وثمار الأشجار للآخر (واعلم) أنهم أطلقوا القول فى المخابرة بوجوب أجرة المثل للأرض لكن فى فتاوى القفال والتهذيب وغيرهما أنه لو دفع أرضاً إلى رجل ليغرس أو يبنى أو يزرع فيه من عنده على أن تكون بينهما على النصف فالحاصل للعامل وفيما يلزمه من أجرة الأرض وجهان (أحدهما) أن الواجب نصف الأجرة لأن نصف الغراس كأن يغرسه لرب الأرض باذنه فكأنه رضى ببطلان نصف منفعته من الارض (وأصحهما) وجوب الجميع لأنه لم يرض ببطلان نصف المنفعة إلا إذا حصل له نصف الغراس فاذا لم يحصل وانصرف كل المنفعة للعامل استحق كل الأجرة فاذن ما أطلقوه فى المخابرة اقتصار منهم على الأصح ثم العامل يكلف نقل البناء والغراس إن لم تنقص قيمتها وان نقصت لم يقلع مجاناً للاذن ويتخير مالك الأرض فيهما تخير المعير والزرع يبقى إلى الحصاد ولو زرع

يقال لا يجب عليه الاعلام فى هذه الحالة لظاهر حال البائع وخشية من التعرض لايغار صدره والبائع يتوهمه أنه أساء الظن به ويحتمل أن يقال انه يجب الاستفسار كما فعل واثلة بن الأسقع لان الاصل عدم الاعلام ولا يجدون فى الاستفسار مع عموم الحديث فى وجوب التبيين هذا كله إذا كان البائع عالما بالعيب فان كان الاجنبى عالما به وحده وجب عليه البيان بكل ا . (وأما) وقت الاعلام ففى حق البائع قبل البيع فلو باع من غير إعلام عصى كما تقدم وفى حق الاجنبى قبل البيع أيضا عند الحاجة فان لم يكن حاضرا عند البيع أو لم يتيسر له وجب عليه الاعلام بعده ليرد بالعيب كما فعل واثلة ولا يجوز له تأخير ذلك عن وقت حاجة المشترى اليه والله أعلم *

﴿ فرع ﴾ قال الامام الضابط فيما يحرم من ذلك أن من علم شيئا يثبت الخيار فأخفاه أو (١) ينبغى فى تدليس فيه فقد فعل محرما فان لم يكن السبب مسببا للخيار فترك التعرض له لا يكون من التدليس المحرم ولا يجب ذكر القيمة فان الغبن لا يثبت بمجرده خيا . والله أعلم . (المسئلة الثالثة) إن باع ولم يبين العيب صح البيع مع المعصية قال الشافعى رحمه الله فى المختصر وحرام التدليس ولا ينقض به البيع وجملة القول فى ذلك أن البائع إذا باع سلعة يعلم أن فيها عيبا (فاما) أن يشترط فيها السلامة مطلقا أو عن ذلك العيب (واما) ان يطلق فان أطلق واقتصر على كتمان العيب وهى مسئلة الكتاب فمذهبنا وجمهور العلماء أن البيع صحيح ونقل المحاملى والشيخ أبو حامد وغيرهما عن داود أنه لا يصح ونقله ابن المغلس عن بعض من تقدم من العلماء أيضا واحتج أصحابنا بحديث المصراة كما ذكره المصنف رضى الله عنه فان النبى ﷺ جعل مشترى المصراة بالخيار ان شاء أمسك وان شاء رد مع التدليس الحاصل من البائع بالتصرية وهى عيب مثبت للخيار بمقتضى الحديث فدل على أن التدليس بالعيب وكتمانه لا يبطل البيع وبأن النهى لمعنى فى العاقد والنهى إذا كان لمعنى في العقد لا يمنع صحة البيع كالبيع على بيع أخيه وانما يبطل النهى إذا توجه إلى المعقود عليه كالنهى عن الملامسة

(١) بياض بالاصل

العامل البياض بين النخيل من غير عقد قلع زرعه مجاناً وعن مالك رضى الله عنه أنه ان كان دون ثلث البستان كان تابعاً وإذا لم تجوز المساقاة على ما سوى النخيل والكروم من الاشجار المثمرة على الانفراد ففى جوازها تبعاً للمساقاة كالمزارعة وجهان *

قال ﴿ الثانى أن لا تكون الثمار بارزة * وان ساقى بعد البروز (م) فسد على القديم وصح على الجديد لأنه عن الغرر أبعد إذ العوض موثوق به ﴾ *

لو أخر هذا الشرط إلى الركن الثانى لكان جائزاً أو أحسن وفقهه أن فى جواز المساقاة بعد خروج الثمار قولين رواية البويطى المنع لأن الثمرة إذا ظهرت وملكها رب البستان كان شرط شىء منها كشرط شىء من النخيل وأيضاً فمقصود المساقاة أن تخرج الثمار بعمله وفى الأم أنه جائز وبه قال مالك وأحمد وهو الأصح لأن العقد والحالة هذه أبعد عن الغرر والوثوق بالثمار فهو أولى بالجواز

والمنابذة ألا ترى أن النهى عن البيع وقت النداء لما لم يرجع إلى ذات العقد لم يقتض الفساد بل ما نحن فيه أولى بالصحة لأن البيع وقت النداء متوجه إليه وان كان معللا بأمر خارج (وأما) هنا وفى المصراة فلم يرد النهي على البيع وانما ورد هنا على كتمان العيب كما أشرت اليه فيما تقدم وفى المصراة على التصرية فليس البيع منهياً عنه أصلا بل هو من حيث هو مباح والحرام هو الكتمان والبيع وقت الجمعة منهى عنه لاشتماله على التفويت فلتفهم الفرق بين الموضعين وبهذا يجاب عن استدلال الظاهرية بقوله ﷺ « كل عمل ليس عليه أمرنا فهو رد » فنقول التدليس هو المنهى عنه وهو مردود (فان قلت) قد تقدم أن البائع إذا لم يبين العيب حرام وأن المصنف رحمه الله صرح به فى التنبيه واذا كان كذلك فهو مثل البيع وقت النداء فلم يكن أولى منه بالصحة (قلت) لا شك أن المراتب ثلاثة (المرتبة الاولى) وهى أعلاها ما كان منهياً عنه لمعنى فيه كبيع الملامسة (المرتبة الثانية) ما كان منهياً عنه لا لمعنى فيه من حيث هو بل لاستلزامه أمراً ممنوعاً كالبيع وقت النداء فهو مستلزم للتفويت الممنوع أو هو فرد من أفراد مايحصل به التفويت والمتضمن أوالمستلزم للممنوع ممنوع (المرتبة الثالثة) وهى أدناها ما لم ينه عنه أصلا ولكن به يتحقق ما هو منهى عنه فهذا لم يخرجه الشرع عن قسم الاباحة فهو كسائر المباحات إذا استلزم شىء منها محرماً فى بعض الأوقات لا نقول انه ينقلب من الاباحة إلى التحريم ويوضح لك هذا أنه فى المرتبة الثانية إذا اشتغل بالبيع وفوت السعى للجمعة يأثم اثمين اثم للبيع المنهى عنه واثم لتفويت الواجب وفى هذه المرتبة لايأثم إلا إثما واحداً على الغش وكتمان العيب على البيع ولا يأثم على البيع اثما آخر واذا حكمنا على البيع المقارن للغش بالتحريم كذلك حكم على المجموع المتضمن للغش المحرم وليس المراد أن ذلك الفعل حرام ثم أى ليس البيع أصلا فى حالة من الأحوال مستلزماً للكتمان لأن كل بيع يمكن أن يخبر معه بالعيب ولا يجوز الحكم على البيع بالتحريم إلا على الوجه الذى بينته إذ يراد تحريم المجموع أعني البيع مع الغش فليس البيع وحده منهياً عنه بطريق القصد ولا بطريق الاستلزام وقد وافق الظاهريون أو من وافق منهم على تصحيح البيع مع النجش قالوا لأن البيع غير النجش وذلك يوافق ما قلناه هنا ووافقوا على تصحيح

وفى موضع القولين ثلاثة طرق جمعها من شرح مختصر الجوينى (أظهرها) أن القولين فيما إذا لم يبد الصلاح فيها فأما بعده فلا تجوز بلا خلاف لأن تجويز المساقاة لتربية الثمار وتنميتها وهى بعد الصلاح لا تتأثر بالأعمال (والثانى) إجراء القولين فيما إذا بدا الصلاح وفيما إذا لم يبد مالم يتناه نضجها فان تناه ولم يبق إلا الجذاذ لم يجز بلا خلاف (والثالث) إجراء القولين فى جميع الأحوال وهذه قضية إطلاق المصنف فأما إذا كان بين النخيل بياض تجوز المزارعة عليه تبعاً فلو كان فيه زرع موجود ففى جواز المزارعة وجهان بناء على هذين القولين ويجوز إعلام قوله فى الكتاب فسد بالميم والألف لما

البيع مع تلقى الركبان ونص الحديث علي ذلك فهو حجة لنا هنا أيضاً والظاهرية فى المصراة ونحوها يجعلون ذلك خارجاً بالنص ويتمسكون فيما عدا ذلك بما ذكروه وقد تبين الجواب عنه بحول الله وقوته وذكر البيهقى فى باب صحة البيع الذى وقع فيه التدليس حديثا رواه البخارى أن ابن عمر اشترى أبلا هيما من شريك لرجل يقال له نواس من أهل مكة فأخبر نواس أنه باعها من شيخ كذا وكذا فقال ويلك فجاء نواس إلى ابن عمر فقال إن شريكى باعك أبلا هيما ولم يعرفك قال فاستقها إذاً فلما ذهب ليستاقها قال ابن عمر دعها رضينا بقضاء رسول الله ﷺ لاعدوى والله تعالى أعلم *

﴿ فرع ﴾ نقل الماوردى قبل باب لايبيع حاضر لباد عن أبى على بن أبى هريرة أنه كان يقول فى ثمن التدليس حرام لاثمن المبيع ألا ترى أن المبيع إذا مات يرجع على البائع بأرش عيب التدليس فدل على أنه أخذ منه بغير استحقاق وهذا شيء عجيب كيف يكون الثمن حراماً والبيع صحيحاً وسيأتى فى باب المرابحة كلام فى ذلك فى مسألة الأخبار بالزيادة ولعل مراد ابن أبي هريرة هنا أن القدر الزائد بسبب التدليس الذى يستحق استرجاعه عند فوات المبيع هو المحرم لاجملة الثمن وهو ظاهر كلامه ومع ذلك فيه نظر لأنه لو رضى المشترى بالعيب استقر ملك البائع على الثمن كله ولو لم يرض به والمبيع قائم استرجعه كله فان كان عدم استقراره موجبا للوصف بالتحريم فليكن جميعه حراما أولا فلا يكون شيء منه حراما *

﴿ فرع ﴾ هذا كله فى مسألة الكتاب إذا باع من غير شرط ولكنه كان عالما بالعيب أمالو اشترط السلامة فكانت معينة أوشرط وصفا وأخلف فالمشهور الصحة وثبوت الخيار كحالة الاطلاق وحكى الرافعى عن الحناطى أنه حكى قولا غريبا ان الخلف فى الشرط يوجب فساد البيع وهو يوافق ماتقدم عن الظاهرية وهم قائلون بذلك فى الشرط أيضا ولا يلزم طرد هذا القول الغريب هناك لان تعلق الغرض بالوصف المشروط لفظا أقوى وعند الاطلاق العقد متعلق بالمتعين وان كان العرف يقتضى السلامة فهذا فرق على القول الذى حكاه الحناطى حتي لايلزم طرده وان كان هو ضعيفا لأن مورد العقد المعين مع الشرط أيضا والله أعلم *

ذكرناه من مذهبهما وتعبيره عن القولين بالقديم والجديد شيء اتبع فيه الامام ولم يتعرض الجمهور لذلك ولا يمكن تنزيل القديم على رواية البويطى فان كتابه معدود من الجديد (وقوله) إذ العوض موثوق به أى عوض العمل وهو الثمار *

قال ﴿ الثالث أن تكون الأشجار مرئية وإلا فهو باطل للغرر * وقيل انه على قولى بيع الغائب ﴾ *

هل يشترط فى المساقاة رؤية الحديقة والأشجار فيه طريقان (أحدهما) أنه على قولى بيع الغائب (وثانيهما) القطع بالاشتراط وابطال العقد عند عدم الرؤية لان المساقاة عقد غرر من حيث أن العوض

قال المصنف

* قال المصنف رحمه الله تعالى *

﴿ فان لم يعلم بالعيب واشتراه ثم علم بالعيب فهو بالخيار بين أن يمسك و بين أن يرد لأنه بذل الثمن ليسلم له مبيع سليم ولم يسلم له ذلك فثبت له الرجوع بالثمن كما قلنا فى المصراة ﴾ *

﴿ الشرح ﴾ المشترى للعين المعيبة تارة يكون عالما بعيبها وتارة لايكون (الحالة الأولى) إن كان عالما فلا خلاف انه لايثبت له الخيار لرضاه بالعيب ولا يأتى فيه الخلاف المتقدم فى المصراة إذا كان عالما بالتصرية لأن المستند فى ثبوت الخيار هناك عند من يقول به التعبد وان ذلك خيار ثابت بالشرع كما تقدم وليس ههنا كذلك وهذه الحالة تؤخذ من مفهوم كلام المصنف رحمه الله فانه شرط فى الخلاف عدم العلم ومفهومه ان عند العلم لاخيار قال ابن حزم فى كتاب مراتب الاجماع واتفقوا على أنه إذا بين له البائع بعيب فيه وحد مقداره ووقفه عليه إن كان فى جسم المبيع فرضى بذلك المشترى أنه قد لزمه والا رد له بذلك العيب *

﴿ فرع ﴾ فلو كان المشترى قد علم به ولكن لم يعلم أنه عيب يوكس الثمن و يوجب الفسخ قال الماوردى ولارد له لأنه قد كان يمكنه عند رؤيته أن يسأل عنه ولأن استحقاق الرد حكم والجهل بالأحكام لايسقطها قال فلو كان شاهد العيب قديماً وقال ظننت انه قد زال فلا تأثير لهذا القول لأن الأصل بقاء العيب ولو اختلفا فى العلم بالعيب فالقول قول المشترى لأن الأصل عدمه قاله صاحب العدة (الحالة الثانية) إذا لم يعلم بالعيب وهى منطوق مسألة الكتاب يثبت الخيار لما ذكره المصنف رحمه الله وقياس ذلك على المصراة إن كانت التصرية عيباً ظاهر بالقياس والجامع الذى ذكره المصنف وقد قدمنا أن الصحيح أن التصرية عيب وان لم تكن التصرية عيباً فمن باب الأولى لأن الخيار إذا

معدوم فى الحال وهما جاهلان بمقدار ما يحصل وبصفته فلا يحتمل فيه غرر عدم الرؤية أيضاً وايراد الكتاب يقتضى ترجيح هذه الطريقة *

قال ﴿ الركن الثانى الثمار وليكن مخصوصاً بما شرطا على الاستبهام معلوماً (و) بالجزئية لا بالتقدير كما فى القراض ﴾ *

ويشترط فى الثمار أن تكون مخصوصة بالمتعاقدين ومشتركة بينهما ومعلومة وأن يكون العلم بها من حيث الجزئية دون التقدير وهى بعينها شروط الربح فى عقد القراض فلو شرط بعض الثمار لثالث فسد العقد وكذا لو قال ساقيتك على أن كل الثمار لك أو كلها لى وفى استحقاق الأجرة عند شرط الكل للمالك وجهان كما فى القراض (قال) المزنى وهو الاصح لا أجرة له لأنه عمل مجاناً (وقال) ابن سريج يستحقها لان المساقاة تقتضى العوض فلا تسقط بالتراضى كالوطء فى النكاح ولو قال ساقيتك على أن لك جزءاً من الثمار فسد أيضاً ولو قال على أنها بيننا أو على ان نصفها لى

ثبت بالتدليس بما ليس بعيب فثبوته بالتدليس بالعيب المحقق أولى هكذا ذكره القاضي أبو الطيب وفيه نظر لأن الذى يقول بالتصرية ليس بعيب يجعلها كالشرط و يلحق الخيار فيها بخيار الخلف وحينئذ قد يقال لايلزم من جعل التصرية التي هى من فعل البائع كالشرط جعل التدليس بالعيب الذى ليس من فعله ولئن جعلنا التدليس بالعيب كذلك فالعيب إذا لم يعلم به البائع لايمكن دعوى ذلك فيه ومع ذلك الخيار ثابت به ولاجل ذلك الطريقة التي سالكها المصنف رحمه الله واقتصر عليها أولى فى الاستدلال وأسلم عن الاعتراض نعم هو إنما يأتى على قول الجمهور ان التصرية عيب أما على القول الذى رجحه الغزالى فى الوجيز ان الخيار فيها ملحق بخيار الخلف فلا لأن سبب الخيار فى المصراة المقيس عليها اخلاف الشرط الملتزم ولم يوجد فى مسألتنا فالمصنف رحمه الله قد جعل الجامع بين المسألتين عدم حصول المبيع السليم فعلى ما اختاره الغزالى لايأتى إلا أن يجعل ذلك مقيساً على الالتزام الشرطى وكذلك فعل هو فى الوسيط تنزيلا لغلبة السلامة منزلة الاشتراط ثم لك أن تجعل الالتزام الشرطى أصلا يكتفى به كما اقتضاه كلامه فى الوسيط ولك أن ترده إلى التصرية لورود النص فيها وقد اقتصر المصنف رحمه الله على الاستدلال بالقياس وفى المسألة حديث واجماع أما الحديث فالذى ذكره بعد هذا بفصل فى الخراج بالضمان فان فيه أنه خاصمه إلى النبي ﷺ « وأنه رده عليه بالعيب » وسنتكلم عليه هناك إن شاء الله تعالى (وأما) الاجماع فانه لاخلاف بين المسلمين فى الرد بالعيب على الجملة واتفقوا على أن من اشترى شيئاً ولم يبين له البائع لعيب فيه ولا اشترط المشترى سلامة ولا اشترط الاخلاء به ولا بيع منه ببراءة فوجد به عيباً كان به عند البائع وكان ذلك العيب يمكن البائع معرفته وكان يحط من الثمن حطا لا يتغابن الناس بمثله فى مثل ذلك البيع فى ذلك الوقت

وسكت عن الباقى أو على أن نصفهالك وسكت عن الباقى أو على أن ثمرة هذه النخلة أو النخلات لك أولى والباقى بيننا أو على أن صاعا من الثمرة لك أولى والباقى بيننا فكل ذلك كما فى القراض وقوله فى الكتاب مشروطه على الاستبهام أى على الاشتراك وقد استعمل الاستبهام والمساهمة بمعنى الاشتراك والمشاركة وان كان الاصل فى الاستبهام الاقتراع وهذا يدل قوله فى القراض عند ذكر شروط الربح مشتركا وقد تقرأ هذه اللفظة على الاستيهام ذهابا منه إلى أن المراد منه ضد التعيين والتقدير ليخرج عنه ما إذا شرط ثمرة نخلة بعينها لاحدهما والقدم بصاع وما اشبهه لكن الاول أولى لان هذا معنى قوله بالجزئية لا بالتقدير ويجوز اعلامه ــ بالواو ــ لان صاحب التتمة حكى وجهاً فى صحة المساقاة إذا شرط كل الثمرة للعامل لغرض القيام وتعهد الاشجار وتربيتها *

قال ﴿ولو ساقى على ودى غير مغروس ليغرسه فهو فاسد (و) فانه كتسليم البذر * وان كان مغروساً وقدر العقد بمدة لا يثمر فيها فهو باطل * وان كان يتوهم وجود الثمار فان غلب الوجود صح (و) * وان

يعنى وقت عقد البيع ولم يتلف عين المبيع ولا نقصها ولا تغير اسمه ولا تغير سوقه ولا خرج عن ملك المشترى كله ولا بعضه ولا أحدث المشترى فيه شيئا ولا وطئا ولا غيره ولا ارتفع ذلك العيب وكان البائع قد نقد فيه جميع الثمن فان للمشترى أن يرده ويأخذ ما أعطى فيه من الثمن وأن له أن يمسكه ان أحب واختلفوا فيما عدا كل ما ذكرناه بما لا سبيل إلى ضبطه باجماع جاز انتهى وادعى القاضى أبو الطيب إجماع المسلمين على التسوية بين الغاش الخائن وغيره ولعل المصنف رحمه الله انما اقتصر على القياس ولم يذكر الحديث والاجماع لأن الحديث فيه انه رد بعيب وذلك حكاية حال لا دلالة لها على العموم ولا إجماع مقيد بالقيود المذكورة أو أكثرها فكان الاستدلال بالقياس أشمل وبالجملة الرد بالعيب فى الجملة لا شبهة فيه قال الشيخ أبو حامد ولا يخفى أن المراد العيب الموجود عند العقد (أما) لو وجد العيب وزال قبل القبض فلا خلاف أنه لا حكم له وكذلك لو زال بعد البيع وقبل القبض *

﴿ فرع ﴾ ولى الطفل إذا اشترى له شيئا فظهر به عيب فان كان الشراء بعين المال فهو باطل وان كان فى الذمة نفذ فى حق الولى فان اشترى سليما فحدث به عيب قبل القبض فان كان الحظ فى الامساك أمسك أو فى الرد رد فان ترك الرد فان كان اشترى فى الذمة انقلب اليه ولزمه الثمن من مال نفسه وان كان بغير مال الطفل بطل العقد قاله صاحب التتمة والله تعالى أعلم *

* قال المصنف رحمه الله تعالى *

﴿ فان ابتاع شيئا ولا عيب فيه ثم حدث به عيب فى ملكه نظرت فان كان حدث قبل القبض ثبت له الرد لأن المبيع مضمون على البائع فثبت له الرد بما يحدث فيه من العيب كما قبل العقد

غلب العدم فلا (و) * وان تساوى الاحتمالان فوجهان * ثم ان ساقى عشر سنين وكانت الثمرة لا تتوقع إلا فى العاشرة جاز فيكون ذلك فى مقابلة كل العمل كالاشهر من سنة واحدة ﴾ *

إذا ساقاه على ودى ليغرسه ويكون الشجر بينهما فالعقد فاسد لانه كتسليم البذر فى المزارعة وان قال لغرسه وتعهد الشجرة مدة كذا على أن تكون الثمرة الحاصلة بيننا فهو فاسد أيضاً لانه قد لايعلق ولا حاجة إلى احتمال هذا النوع من الضرر وأيضاً فالغراس ليس من أعمال المساقاة فضمه اليها كضمه غير التجارة الى عمل القراض وإذا عمل العامل فى هذا العقد الفاسد استحق أجرة المثل إن كانت الثمار متوقعة فى تلك المدة والافلى ما ذكرنا من خلاف المزنى وابن سريج وفى المسألة وجه أن الحكم كما لوكان الودى مغروسا وساقاه عليه لان الحاجة قد تدعو اليه فى المساقاة وابعد منه وجه عن حكاية صاحب التقريب فيما إذا شرط بعض الشجرة للعامل ولو ساقاه على ودى مغروس نظر إن قدر للعقد مدة لايثمر فيها فى العادة لم تصح المساقاة لخلوها عن العوض وكالمساقاة على الاشجار التى لا تثمر وإذا

وان حدث العيب بعد القبض نظرت فان لم يستند إلى سبب قبل القبض لم يثبت له الرد لأنه دخل المبيع فى ضمانه فلم يرد بالعيب الحادث وان استند إلى ما قبل القبض بأن كان عبداً فسرق أو قطع يداً قبل القبض فقطعت يده بعد القبض ففيه وجهان (أحدهما) أنه يرد وهو قول أبي اسحق لأنه قطع بسبب كان قبل القبض فصار كما لو قطع قبل القبض (والثاني) أنه لا يرد وهو قول أبي علي ابن أبي هريرة لأن القطع وجد فى يد المشتري فلم يرد كما لو لم يستند إلى سبب قبله ﴾ *

﴿ الشرح ﴾ الكلام الذى تقدم فى إثبات الخيار فى العيب الموجود عند البيع والكلام الآن فى العيب الحادث بعده وقد قسمه المصنف رحمه الله إلى ثلاثة أقسام (القسم الأول) الحادث قبل القبض فحكمه حكم المقارن للعقد لأن المبيع مضمون قبل القبض على البائع بجملته فكذا أجزاؤه وضمان الجزء الذى لا يقابله قسط من الثمن لا يقتضى الانفساخ فأثبت الخيار والمصنف رضى الله عنه استغنى عن هذه الزيادة بجعله ما قبل القبض كما قبل العقد لاشتراكهما فى كون المبيع فيهما مضموناً على البائع بمعنى أنه إذا تلف تلف من كسبه وقد اتفق الأصحاب على هذا الحكم وان العيب الطارىء قبل القبض كالقارن للعقد وذلك منهم تفريع على ما هو متفق عليه فى المذهب وهو أن البيع قبل القبض من ضمان البائع وأنه إذا تلف قبل القبض انفسخ البيع ونص عليه الشافعى رحمه الله فى مواضع واستنبطه من بطلان عقد الصرف بالتفرق قبل التقابض كما تقدم المنبيه عليه فى باب الربا وذكره المصنف في آخر باب اختلاف المتبايعين وهلاك المبيع وسنشرحه هناك إن شاء الله تعالى أما على مذهب من قال ان المبيع فى يد البائع أمانة كما هو مذهب مالك ولا خيار له وممن صرح به المتولى وصورة المسئلة المجزوم بها هنا إذا كان حدوث العيب بآفة سماوية (أما) إذا حصل ذلك من جهة

عمل ففى إستحقاق أجرة المثل الخلاف السابق قال الامام هذا إذا كان عالما بانها لاتثمر فيها وان كان جاهلا قطعا باستحقاق الاجرة وإن قدرت بمدة يثمر فيها غالبا صح ولا بأس بخلو أكثر سنى المدة عن الثمرة مثل أن يساقيه عشر سنين والثمرة لاتوقع إلا فى العاشرة وتكون هى بمثابة الاشهر من السنة الواحدة ثم ان اتفق انها لم تثمر لم يستحق العامل شيئا كما لو قارضه فلم يربح أو ساقاه على النخيل المثمرة فلم تثمر فان قدره بمدة يحتمل أن تثمر فيها ويحتمل ان لاتثمر فوجهان (أصحهما) المنع وبه قال أبو اسحق لانه عقد على عوض غير موجود ولا غالب الوجود فاشبه السلم فى معدوم إلى وقت يحتمل أن يوجد فيه ويحتمل خلافه (والثانى) يصح و يكتفى بالاحتمال ورجاء الوجود فعلى هذا إن اثمرت استحق والافلا شىء له وعلى الاول يستحق اجرة المثل لانه عمل طامعا هذه الطريقة التى ذكرها عامة الاصحاب وجعلوا توقع حصول الثمرة على ثلاث مراتب كما فصلنا ونسب الامام هذه الطريقة إلى القاضى وحكى طريقتين أخرتين (احداهما) أنه ان غلب عدمها فى تلك المدة بطل وإلا فوجهان (الثانية) ان غلب وجودها

المشترى أو البائع أو الأجنبي فقد ذكر المصنف رحمه الله الأقسام كلها فى باب اختلاف المتبايعين عند تقديم تلف المبيع إلى الأقسام المذكورة وهناك استوعب الكلام على ذلك بعون الله وتيسيره ان شاء الله تعالى وملخص ماهناك مايتعلق بهذا المكان أنه متى حصل العيب بآفة سماوية أو من البائع أو من الأجنبي فللمشترى الخيار جزماً ولكن يختلف أثره على تفصيل مذكور هناك ومن جملته ما إذا كان القاطع ابن المشترى ثم مات المشترى وورثه الابن ذكره صاحب البحر هناك وهنا أذكره إن شاء الله ومتي حصل العيب من جهة المشترى فلا خيار له على الصحيح تفريعاً على أن اتلافه قبض وهو الصحيح المشهور (وأما) من يقول من العلماء بأن المبيع قبل القبض من ضمان المشترى كما يقوله أبو ثور مطلقاً ومالك فى المبيع جزافا فقياسه أن العيب الحادث قبل القبض لا أثر له ومذهب أبي حنيفة رحمه الله فى تلف المبيع قبل القبض كمذهبنا (واعلم) أن هذا الحكم من كون العيب الحادث قبل القبض كالعيب المقارن للعقد هو المشهور الذي لايكاد يعرف بل لايعرف فيه خلاف بين الأصحاب ووراء ذلك أمران غريبان (أحدهما) أن الشافعي رحمه الله قال فى الأم فى الرهن الكبير فى جناية العبد المرهون على الأجنبين ولو بيع العبد المرهون ولم يتفرق البائع والمشترى حتى جنى كان للمشترى رده لأن هذا عيب حدث به وله رده بلا عيب ولو جني ثم بيع فعلم المشترى قبل التفرق أو بعده بجنايته كان له رده لان هذا عيب دلسه ولو بيع وتفرق المتبايعان أو أخبر أحدهما صاحبه بعد البيع فاختار امضاء البيع ثم جني كان من المشترى ولم يرد البيع لان هذا حادث فى ملكه بعد تمام البيع بكل حال له قال ابن الرفعة وهذا إن لم يحمل على مابعد القبض فهو يقتضى باطلاقه أنه لافرق فيه بين مابعد القبض وقبله والعلة ترشد اليه لانه فى الحالين ملكه عليه تام وإن لم يستقر إلا بالقبض (قال) وهذا ان صح

صح وإلا فوجهان فيجوز أن يعلم للأولى قوله فان غلب الوجود صح - بالواو - وللثانية قوله فان غلب العدم فلا (واعلم) أن صور الفصل مبنية على تجويز المساقاة أكثر من سنة وهو الصحيح وستعرف ما فيه من الخلاف *

﴿ فرع ﴾ دفع اليه وديا ليغرسه فى أرض نفسه على أن يكون الغراس للدافع والثمار بينهما فهو فاسد أيضاً ولصاحب الأرض أجرتها على العامل *

قال ﴿ ولو قال ساقينك على أن لك من الصيحانى نصفه ومن العجوة ثلثه لم يصح إلا إذا عرف مقدار الأشجار * وإن شرط النصف منهما لم يشترط معرفة الاقدار * ولو ساقاه على إحدى الحديقتين لابعينهما * أو على أنه إن سقى بماء السماء فله الثلث أو بالدالية فله النصف فهو فاسد لتردده بين جهتين ﴾ *

إذا كان فى الحديقة نوعان من الثمر فصاعداً كالصيحانى والعجوة والدقل فساقى مالكها رجلا

يقتضي أن الجناية عمداً أو خطأ فى يد البائع بعد تمام الملك لايثبت بها للمشترى خيار وان أثبت على نفسه ولكن الاصحاب لايوافقون علي ذلك (الامر الثانى) أن فى مختصر البويطى قال أبو يعقوب وان اشترى رجل من رجل عبداً أو ثوباً ولم يقبضه فجني عليه البائع أو غيره جناية حرق أو غيره أو مادون النفس أو النفس فهو مخير فى العبد إن شاء أخذ الثوب وأخذ الجاني بجنايته وان شاء ترك فان كان ذلك بأمر من السماء كان مخيراً أن يأخذه أو يدعه وليس له النقص إذا كان من السماء كما لومات وقد قيل يأخذه ويسقط عنه مانقصه بحصته من الثمن وان كان ذلك بهزال فى يديه أو ما أشبهه كان مخيراً وقد قيل إذا كان البائع الذى جني عليه فى النفس فالبيع منفسخ انتهى وهذه الاقوال الثلاثة التي نقلها البويطى الاول والثالث معروفان فى المذهب والغريب الثانى وهو أنه يأخذه ويسقط عنه حصته من الثمن وكلامه المذكور يقتضى أن ذلك فيما يمكن التقسيط عليه كاليد ونحوها لا كالهزال وشبهه ولكن هذا القول لم أعلم أحداً من الأصحاب ذكره على أنه ليس فى كلام البويطى نسبته إلى الشافعي رحمه الله ولا شيء من الكلام المذكور من حكاية كلام الشافعي رحمه الله وإنما الاقوال الثلاثة من حكاية البويطى والمسئلة كلها كما يدل عليه أول كلامه ونسبته إلى أبي يعقوب فلعله حكاه عن بعض العلماء غير الشافعى رحمه الله *

﴿ فرع ﴾ إذا وجد العيب قبل القبض ولكن بسبب متقدم رضى به المشترى كما لو اشترى من وجب عليه القطع عالماً به فقطع قبل القبض أو بكرا مزوجة فازال الزوج بكارتها قبل القبض فهل تكون كعيب حدث فيرد بها كما أنه إذا اشترى مرتدا فقتل قبل القبض ينفسخ العقد أولا لان رضاه لسببه رضى به والخيار لايثبت مع الرضا بخلاف الانفساخ بالتلف لم أر فى ذلك نقلا والاقرب

على أن له من الصيحانى النصف ومن العجوة السدس أو الثلث نظر ان علما قدر كل نوع جاز كما لو ساقاه على حديقتين على أن له النصف من هذه والثلث من هذه وان جهلا أو أحدهما لم يجز لما فيه الغرر فان المشروط فيه أقل الجزأين قد يكون أكثر الصنفين ومعرفة كل نوع من الأشجار انما يكون بالظن والتخمين دون التحقيق وان ساقاه على أن له النصف أو الثلث من الكل صحت المساقاة وان جهلا أو أحدهما قدر كل نوع قال ابن الصباغ والفرق أن قدر حقه من ثمرة الحديقة ههنا معلوم بالجزئية وانما المجهول النوع والصفة وهناك القدر مجهول أيضاً لاحتمال اختلاف ثمرة النوعين فى القدر وحينئذ يكون قدر ماله من ثمرة الكل مجهولا لأن المستحق على أحد التقديرين نصف الأكثر وثلث الأقل وعلى الثانى ثلث الأكثر ونصف الأقل والأول أكثر من الثانى ومعلوم أن الجهل بالقدر أشد ولو ساقاه على احدى الحديقتين من غير تعيين أو على أنه ان سقى بماء السماء فله الثلث أو بالدالية فله النصف لم يصح للجهل بالعمل والعوض وهو كما لو قارضه على أنه ان تصرف وربح كذا فله النصف أو

القطع بأنه لايوجب الرد للرضى بسببه ولـكن القاضى حسين رحمه الله أطلق أن زوال البكارة فى يد البائع يثبت الخيار ومثل هذا الاطلاق لايوجد منه نقل فى خصوص المزوجة ووطء الزوج بها (القسم الثانى) إذا حدث العيب بعد القبض ولم يستند إلى سبب قبل القبض فانه لايثبت به الرد وهذا اذا كان بعد القبض والتفرق أما لو قبضه فى المجلس وحدث به عيب قبل التفرق والتخاير فالوجه فى وذلك بناؤه على تلف المبيع فى يد المشترى فى مدة الخيار وفيه طرق (احداها) وهى التى أو ردها الغزالى وارتضاها الامام واقتضى ايراد الرافعى ترجيحها (أما) ان قلنا الملك للبائع انفسخ والا فوجهان (أصحهما) عدم الانفساخ واذا تم العقد لزم الثمن لان القبض وجد إلا أنه بقيت علقة فصار كما لو اشترى مكايلة فقبض جزافا أو غصب المبيع من يد البائع وتلف فى يده قال هذا التعليل صاحب التتمة (والثانى) ينفسخ لان العقد لم يستقر كما بعد الخيار وقبل القبض (والطريقة الثانية) القطع بعدم الانفساخ وإنه اذا حصلت الاجازة يلزم المشترى الثمن (وان قلنا) الملك للبائع وهذه منسوبة للشيخ أبى حامد (الطريقة الثالثة) مثلها الا أنا (اذا قلنا) الملك للبائع وحصل امضاء البائع ضمنه المشترى بالقيمة وهذه حكاها الامام عن العراقيين وبعض أصحاب القفال وهو مقتضى كلام المصنف حيث ذكر المسألة فى أول كتاب البيوع ولذلك نسبها العمرانى اليه (الطريقة الرابعة) طريقة الماوردى ان كان التلف فى خيار المجلس انفسخ على الأقوال كلها وان كان فى خيار الشرط فان كان لهما أو للبائع وحده فكذلك وان كان للمشترى وحده (فان قلنا) يملك بانقضاء الخيار أو موقوف ضمنه بالقيمة (وان قلنا) يملكه بنفس العقد فعلى وجهين (أحدهما) وهو ظاهر نصه فى البيوع أنه ضامن بالقيمة دون الثمن (والثانى) وقد أشار اليه فى الصداق أنه ضامن له بالثمن المسمى (الطريقة الخامسة) ما دل

كذا فله الثلث ولو ساقاه على حديقة بالنصف على أن يساقيه على أخرى بالثلث أو سنة أخرى أو على أن يساقيه العامل على حديقته فهو فاسد وهل تصح المساقاة (الثانية) قال فى التهذيب ان عقدها على شرط العقد الأول لم تصح والا فتصح وقد مر نظيره فى الرهن ٭

قال ﴿ ولو ساقى شريكه فى الحديقة وشرط له زيادة صح ان استبد بالعمل ٭ وان شارك الآخر بالعمل فلا ﴾ ٭

حديقة بين اثنين على السواء ساقى احدهما الآخر وشرط له زيادة على ما كان يستحقه بالملك كما إذا شرط له ثلثى الثمرة فالعقد صحيح وقد دفع اليه نصيبه بثلث ثمرته وإن شرط له نصف الثمار أو ثلثها لم يصح لأنه يثبت له عوضا بالمساقاة إذ النصف مستحق له بالملك بل يشترط عليه فى الصورة الثانية أن يترك بعض ثمرته أيضا وإذا عمل فى الصورتين ففى استحقاقه الاجرة اختلاف المزنى وابن سريج ولو شرط له جميع الثمرة فسد العقد وهل له الأجرة فيه وجهان لانه لم يعمل له الا أنه انصرف اليه ولو شرط فى المساقاة

عليها كلام أبي الطيب أنه ان كان الخيار لهما أو للبائع وحده انفسخ قولا واحداً وان كان للمشترى وحده (فان قلنا) الملك له فوجهان والا لم ينفسخ وقال القاضى أبو الطيب ان الذى نص عليه الشافعى رحمه الله فى كتبه أن البيع ينفسخ ويجب على المشترى قيمته قال القاضى أبو حامد وقال الشافعى فى كتاب الصداق يلزمه الثمن واختلف أصحابنا فمنهم من قال يلزمه القيمة والذى قال من الثمن ليس بثابت قال أبو الطيب ويحتمل أن يكون أراد بالثمن القيمة لأن الشافعى يعبر عن القيمة بالثمن فى مواضع كثيرة ومنهم من قال ما تقدم وادعى ابن الرفعة أن أكثر نصوص الشافعى على الانفساخ وذكر نصوصاً تدل علي ذلك من الجزء الثامن والعاشر من باب الدعوى فى المبيع ومن باب دعوى الولد فيه وقد رأيت أما فى الجزء الخامس عشر أيضاً أنه إذ باع العبد بالخيار ثلاثاً أو أقل وقبضه فمات فى يد المشترى فهو ضامن لقيمته وان منعنا أن نضمنه ثمنه ان البيع لم يتم فيه قال الشافعى وسواء فى ذلك كان الخيار للبائع أو للمشترى لأن البيع لم يتم فيه حتى مات وقد حكي عن نصه فى الصداق أن المبيع إذا تلف فى يده زمن الخيار يلزمه الثمن وبذلك قال المتولى حصل قولان فى المسألة وهو فى ذلك تابع للقاضى حسين والنص المتقدم يدل على أن الانفساخ فى الأحوال الثلاثة اذا كان الخيار للمبتاع أو للبائع أولهما فهذه خمس طرق والطريقة الاولي أفقه ولكن تصحيح عدم الانفساخ من الوجهين فيها فيه نظر والنصوص التي للشافعى ليس فيما وقفت عليه منها ما فيه تصريح بالانفساخ ولا بعدمه بل الأكثر الذى تمسك به ابن الرفعة والذى رأيته فى الام فيه إيجاب القيمة والنص المعارض له فيه ايجاب الثمن فأكثر النصوص تدل لأحد أمرين (أما) القول بالانفساخ الذى هو أحد الوجهين من الطريقة الاولى كما ادعاه ابن الرفعة (واما) الطريقة التى نقلها الامام عن العراقيين (وقلت) ان مقتضى كلام

مع الشريك بان يتعاونا على العمل فسدت وإن اثبت له زيادة على مايستحقه بالملك كما لو ساقى اجنبيا على هذا الشرط ثم تعاونا واستويا فى العمل فلا اجرة لواحد منهما على الآخر وأن تعاونا فان كان عمل من شرط له زيادة اكثر استحق على الآخر الحصة من عمله وان كان عمل الآخر اكثر ففى استحقاقه الاجرة خلاف المزنى وابن سريج وقوله فى الكتاب صح ان استبد بالعمل وإن شاركه الآخر فى العمل فلا ليس فيه تعريض للاشتراك لكنه محمول عليه معناه فان شرط مشاركة الآخر أما المعاونة من غير شرط فهى غير ضائرة وكذا قوله ان استبد بالعمل معناه أن افاده العقد بالاستبداد بشرط الاستبداد أو باطلاق العقد ولوساقى شريكا الحديقة رجلاوشرطا له جزأ من ثمرة الحديقة جازوان لم يعلم العامل نصيب كل واحدامنهما وان قالاعلى أن لك من نصيب احدنا النصف ومن نصيب الآخر الثلث من غير تعين لم يجز فان عينا فان علم نصيب كل واحد منها جاز والافلا *

﴿ فرعان ﴾ الاول لو كانت الحديقه لواحد وساقى اثنين على أن لاحدهما نصف الثمرة وللاخر ثلثها أما

المصنف

المصنف فى أول البيع فالتمسك بذلك للانفساخ عيباً كما ادعى ابن الرفعة غير متعين وترجيح عدم الانفساخ ولزوم الثمن موافق للنص المقتضى لوجوب الثمن ومخالف لأكثر النصوص لكن إذا ثبت ماقاله القاضى أبو الطيب من اطلاق الشافعى رحمه الله الثمن على القيمة وما نقله من النصوص فى كتبه بترجح القول بالانفساخ لاسيما مع ما أشعر به كلام القاضى أبو حامد أن ذكر الثمن ليس بثابت إذا عرف بالعيب الحادث بعد القبض وقبل لزوم العقد يتعين بناؤه على هذا الخلاف فحيث نقول بالانفساخ اما على أن الملك للبائع أو مطلقاً على احد وجهى الطريقة الأولى وظاهر أكثر النصوص أو على طريقة الماوردى والقاضى أبى الطيب على مافيهما من التفصيل والبناء فحدوث العيب حينئذ كحدوثه قبل القبض وبذلك صرح الماوردى عند الكلام فى وضع الجوائح قال عن ابن أبى هريرة أن المقبوض فى خيار الثلاث يستحق رده بما حدث من العيوب فى زمان الخيار وان كان القبض تاماوجب القول بعدم الانفساخ أما على الأصح عند الرافعى من وجهى الطريقة الأولى وعلى طريقة الشيخ أبى حامد أوعلى طريقة المصنف رحمه الله أو فى بعض الأحوال على طريقتى الماوردى والقاضى أبى الطيب على التفصيل المذكور أو على مقتضى النص المحكى فى ذلك فحينئذ لايكون لحدوث العيب فى ذلك الوقت أثر فى اثبات الخيار ولا جرم والله أعلم أطلق المصنف رحمه الله أن حدوث العيب بعد القبض اذا لم يستند إلى سبب قبل القبض لايثبت الرد لأن اختياره أن القبض ناقل للضمان وان كان فى زمن الخيار كما تقدم وهو مستمر على الأصح عند الرافعى وقد تقدمت الاشارة إلى مافى ذلك من النصوص *

﴿ فرع ﴾ لافرق بين يد المشترى ويد نائبه ولو كانت يد البائع كما لو قبض المبيع وأودعه اياه بعد القبض نص عليه الشافعى رحمه الله والاصحاب ولو اودع البائع المبيع عند المشترى وقلنالا يسقط حق الحبس بالايداع فتلف كما لو تلف فى يد البائع على مقتضى ذلك وعن القاضى أبى الطيب انه صرح به فى اواخر كتاب الشفعة وعبارة المصنف رحمه الله سالمة عن ذلك فى الطرفين لاعتباره القبض وهو موجود فى الاول مفقود فى الثانى *

فى صفقة أوفى صفقتين جاز إذا تميز من له النصف ومن له الثلث (الثانى) حديقة بين ستة اسداسا ساقوا عليها واحدا على أن له من نصيب احدهم النصف ومن نصيب الثانى الربع ومن الثالث الثمن ومن الرابع الثلثين ومن الخامس الثلث ومن السادس السدس فحسابه إن مخرج النصف والربع يدخلان فى مخرج الثمن ومخرج الثلثين والثلث يدخلان فى مخرج السدس فيبقى ستة وثمانية و بينهماموافقة بالنصف نضرب نصف احدهمافى جميع الآخر يكون أربعة وعشرين نضربه فى عدد الشركاء وهو ستة يبلغ مائة وأربعة وأربعين

﴿ فرع ﴾ هذا الذى تقدم من أن العيب الحادث بعد القبض الذى لا يستند إلى سبب قبله لا يرد به هو مذهبنا ومذهب جمهور العلماء وقال مالك بذلك إلا فى الرقيق فانه قال ما أصاب الرقيق فى ثلاثة أيام بعد البيع من أباق أو عيب أو موت أو غير ذلك فمن ضمان البائع فاذا انقضت الثلاثة الأيام برىء البائع إلا من الجنون والجذام والبرص فان هذه الأدواء الثلاثة إن أصاب شىء منها المبيع قبل انقضاء سنة من حين البيع كان له الرد بذلك قال ولا يقضى بذلك إلا فى البلاد التى جرت عادة أهلها بالحكم بها فيها (وأما) البلاد التي لم تجر عادة أهلها بالحكم بذلك فيها فلا نحكم عليهم بذلك قال ومن باع بالبراءة بطل عنه حكم العهدة وكذلك يسقط حكم العهدة عنده فيما إذا باع السلطان لغريم أو من مال يتيم ولا عهدة فيه إلا أن يكون علم عيباً فكتمه وقال قتادة إن رأى عيباً فى ثلاث ليال رده بغير بينة وان رأى عيبا بعد ثلاث لم يستطع أن يرده إلا بينة واحتج المالكيون بما رواه أبو داود من حديث الحسن البصرى عن عقبة بن عامر الجهنى أن رسول الله ﷺ « قال عهدة الرقيق ثلاث ليال » وفى رواية أخرى أربع ليال رواه أحمد فى مسنده وفى رواية أربعة أيام قال قتادة وأهل المدينة يقولون ثلاثا قال سعيد قلت لعبادة كيف يكون هذا قال إذا وجد المشترى عيباً بالسلعة فانه يردها فى تلك الأيام ولا يسأل البينة وإذا مضت عليه أيام فليس له أن يردها إلا ببينة أنه اشتراها وذلك العيب بها والا فيمين البائع أنه لم يبعه ويرد وعن الحسن عن سمرة أن النبى ﷺ «قال عهدة الرقيق ثلاث» رواه ابن أبى شيبة وقال هؤلاء إنما قضى بعهدة الثلاث لأجل حمى الربع فانها لا تظهر فى أقل من ثلاثة أيام هو وعن عبد الله بن أبى بكر محمد بن عمرو بن حزم أنه سمع أبان ابن عثمان وهشام بن اسماعيل بن هشام يذكران فى خطبتهما عهدة الرقيق في الأيام الثلاثة من حين يشترى العبد ان الوليدة وعهده السنة ويأمران بذلك وعن عمر بن عبد العزيز أنه قضى فى عبد اشترى فمات فى الثلاثة الايام فجعله عمر من الذى باعه وعن ابن شهاب قال القضاة منذ أدركنا يقضون فى الجنون والجذام والبرص سنة قال ابن شهاب وسمعت ابن المسيب يقول العهدة من كل داء عضال

لكل واحد منهم اربعة وعشرين ياخذ العامل ممن شرط له النصف اثنى عشر ومن الثانى ستة ومن الثالث ثلاثة ومن الرابع ستة عشر ومن الخامس ثمانية ومن السادس اربعة فيجتمع له تسعة وأربعون ويبقى للملاك على تفاوتهم فيه خمسة وسبعون *

قال ﴿ الركن الثالث العمل وشرطه أن لايضم اليه عمل ليس من جنس المساقاة * وأن لايشترط مشاركة المالك معه فى اليد بل يستبد العامل باليد * ثم لو شرط دخول المالك أيضا لم يضر (و) * وأن لا يشترط عمل المالك معه بل ينفرد بالعمل * ولو شرط أن يعمل معه غلام المالك صح على النص *

نحو الجذام والجنون والبرص وعن يحيى بن سعيد الانصارى رضى الله عنه قال لم تزل الولاة بالمدينة فى الزمان الاول يقضون فى الرقيق بعهدة السنة من الجنون والجذام والبرص ان ظهر بالمملوك شيء من ذلك قبل أن يحول عليه الحول فهو رد عليه ويقضون فى عهدة الرقيق بثلاث ليال وقد أجاب أصحابنا وغيرهم عن الحديثين بأن الحسن لم يسمع من عقبة شيئا ولا سمع من سمرة إلا حديث العقيقة عند أكثر الحفاظ فروايته فى هذا منقطعة لا يحتج بها قال على بن المديني لم يسمع الحسن من عقبة ابن عامر شيئا وكذلك قال أبو حاتم وقال البيهقى فى روايته عن سمرة فى ذلك أنه غير محفوظ (قلت) وقد حفظت من طريق ابن أبى شيبة فليس فيها إلا النظر فى سماع الحسن من سمرة وأيضا ففيه عنعنة قتادة عن الحسن وهو مدلس وفى حديث عقبة مع الانقطاع والاضطراب ومن جملة ما أعل به أنه ورد عن الحسن على الشك بين عقبة وسمرة وهما وان كانا صحابيين فهو اضطراب وقد سأل الأثرم أبا عبد الله أحمد بن حنبل عن العهدة فقال ليس فى العهدة حديث نثبته وقال الحاكم فى حديث عقبة انه صحيح الاسناد غير أنه على الارسال لأن الحسن لم يسمع من عقبة والرواية عن عمر بن عبد العزيز فى قضائه بذلك ضعيفة وكذلك الرواية المذكورة عن يحيى بن سعيد الأنصارى وبقية ما ذكروه مع كونه ليس بحجة معارض بقول عطاء انه لم يكن فيما مضى عهدة فى الأرض لا من هيام ولا من جذام ولا شيء وبما روى من طريق الشافعى رضى الله عنه عن ابن جريج قال سألت ابن شهاب عن عهدة السنة وعهدة الثلاث فقال ماعلمت فيها أمرا سالفا وعن ابن طاوس أنه كان لايرى العهدة شيئا لاثلاثا ولا أقل ولا أكثر وما أشاروا اليه من أن ظهور ذلك فى هذه المدة يدل على تقدمه ممنوع فقد يحدث الاباق وشبهه ولو سلم لهم ذلك فيكون من القسم الذى سنذكره وهو مايوجد بعد القبض ويكون سببه متقدما لكن ذلك غير مسلم لهم على أن ابن الصباغ قال فى الجواب عن ذلك ان الداء الكامن لاعتبار به وانما النقض بما يظهر لاما كمن وفيما قاله بعد لأن الكامن إذا دل عليه دليل بعد ذلك وعلم به صار كالظاهر وذكروا أيضا أن عمر بن الخطاب وابن الزبير رضى الله

ثم النفقة على المالك الا إذا شرط على العامل ففى جوازه وجهان * ووجه المنع أنه قطع نفقة المالك عن الملك * ولو شرط أن يستأجر العامل بأجرة على المالك ولم يبق للعامل الا الدهقنة والتحذق فى الاستعمال ففيه وجهان * *

شروط عمل المساقاة قريبة من شروط عمل القراض وأن اختلفا فى الجنس منها أنه لايشترط عليه عمل ليس من جنس اعمال المساقاة ومنها أن يستبد العامل باليد فى الحديقة ليتمكن من العمل متى شاء فلو شرط كونها فى يد المالك أو مشاركته فى اليد لم تجز ولو سلم المفتاح اليه وشرط المالك الدخول

عنهما سئلا عن العهدة فقالا لانجد أمثل من حديث حبان بن معداد كان يخدع فى البيوع فجعل له النبي ﷺ الخيار ثلاثا إن شاء أخذ وان شاء رد وعن على بن أبى طالب رضى الله عنه أجل الجارية بها الجذام سنه فاما ماذكروه عن عمروا بن الزبير فلا حجة لهم فيه لأن فى حديث حبان إن شاء أخذ وان شاء رد ولم يعقد ذلك بعيب ولا فى الرقيق دون غيره قال الشافعي رضى الله عنه والخبرفى أن رسول الله ﷺ جعل لحبان بن سعد عهدة بثلاث خاص وما ذكروه عن على لاينافيه وقد صح عن ابن عمر ما أدركت الصفقة حيا مجموعا فمن المبتاع ولانعلم له مخالفا من الصحابة واستثنت المالكية أيضا الثمار لقولهم فيها بوضع الجوائح وسنذكر مذهبنا ومذهبهم فى ذلك عند ذكر المصنف رحمه الله له فى آخر باب اختلاف المتبايعين إن شاء الله تعالى (القسم الثالث) العيب الحادث بعد القبض إذا أسند إلى ما قبل القبض كما مثل به المصنف رحمه الله فيمن قطعت يده حدا أو قصاصا بعد القبض بسرقة أو قطع سابق عليه ولا فرق فى ذلك بين أن يكون بعد العقد كما فرضه المصنف أو قبله فان بيع من وجب قطعه بقصاص أو سرقة صحيح بلا خلاف فاذا قطع فى يد المشترى بذلك السبب السابق على العقد أو على القبض فان كان المشترى جاهلا بالحال ولم يعلم بالسرقة أو القطع حتى قطع وهى صورة مسئلة الكتاب ففيه وجهان كما ذكره المصنف (أحدهما) وهو قول أبى اسحق وهو الأصح وهو قول ابن الحداد ونسبه الماوردى إلى ابن سريج وبه قال أبو حنيفة فيما حكاه الماوردى وقال القاضى أبو الطيب انه على قول الشافعى رضى الله عنه واطلاق نصه الذى نقله ابن بشرى يدل عليه أن له أن يرد ويسترجع جميع الثمن كما لو قطع قبل القبض فانه لو قطع قبل القبض والحالة هذه ثبت له الرد قطعا وهذا القائل يجعله من ضمان البائع بالنسبة إلى ذلك ولو تعذر الرد بسبب فالنظر فى الارش إلى التفاوت بين العبد سليما وأقطع قاله القاضى حسين والرافعى وغيرهما (والثانى) وهو قول ابن أبى هريرة وابن سريج فيما حكاه الأكثرون والقاضى أبو الطيب ونقله ابن بشرى عن من نقله عن نصه فى الاملاء ومال الماوردى اليه وبه قال أحمد وأبو يوسف ومحمد رحمهم الله أنه من ضمان

عليه فوجهان أصحهما وهو المذكور فى الكتاب أنه لايضر بحصول الاستقلال والتمكن من العمل ووجه الثانى أنه إذا دخل كانت الحديقة فى يده وقد يتعوق بحضوره عن العمل ومنها إن ينفرد العامل بالعمل فلو شرط إن يشاركه المالك فى العمل فسد العقد ولو شرط أن يعمل معه غلام المالك فالنص الجواز وللاصحاب فيه طريقان احدهما أنه على وجهين كما ذكرنا فى القراض ومن منع حمل النص على ما إذا شرط أن يعمل الغلام مايتوقف على المالك من الاعمال كحفر الانهار وبناء الحيطان واظهرهما الجواز جزما والفرق بين المساقاة والقراض أن فى المساقاة بعض الاعمال على المالك وله باعتبار ذلك يد ومداخلة فجاز ان يشترط

المشترى وليس له الرد ولكن يرجع على البائع بالأرش وهو ما بين قيمته مستحق القطع وغير مستحقه من الثمن وحمل النص الأول على ما قبل القبض هذا إذا كان جاهلا فلو كان عالماً بالسبب فليس له الرد ولا الأرش قطعاً لدخوله فى العقد على بصيرة ان كان موجوداً عند العقد أو لاطلاعه عليه وامساكه ان كان حدث قبل القبض قال الشيخ أبو على ولا يجىء ههنا الوجه المحكي عن أبى اسحق فى القتل يعنى سابقاً وأنه يرجع بالثمن على رأى أبى اسحق كما سنذكره ان شاء الله والأمر كما قال الشيخ أبو على كما سنبينه إن شاء الله تعالى فينبغى أن يقيد كلام المصنف بذلك وان مراده إذا كان المشترى جاهلا وممن صرح به القاضى أبو الطيب والبغوى والرافعى وفى كلام ابن الصباغ ما يقتضى أن فيه خلافاً لأنه قال ان علم بذلك فقطع فى يده لم يرجع بشىء على المذهب وكأنه رأى أن وجه أبى اسحق يأتى ههنا وهو بعيد وسنبين ذلك إن شا الله تعالى فى أواخر الباب *

﴿ فرع ﴾ عن أبى حنيفة رحمه الله أنه إذا قطع فى يد المشترى يرجع بنصف الثمن ووافق فى المسائل الثلاث التى ستأتى إن شاء الله تعالى أنه يرجع بالجميع لأنه من ضمان البائع ومن نظائر ذلك لو اشترى جارية مزوجه ولم يعلم بحالها حتى وطئها الزوج بعد القبض فان كانت ثيباً فله الرد وان كانت بكراً فنقص الافتضاض من ضمان البائع أو المشترى ففيه الوجهان ان جعلناه من ضمان البائع فللمشترى الرد بكونها مزوجة فان تعذر الرد بسبب رجع بالأرش وهو ما بين قيمتها بكراً غير مزوجة ومزوجة مفترعة من الثمن (وان) جعلناه من ضمان المشترى فلا رد له وله الأرش وهو ما بين قيمتها بكراً غير مزوجة و بكراً مزوجة من الثمن هكذا فى التهذيب والرافعى والروضة التى بخط المصنف و فى بعض نسخها سقط من قوله غير مزوجة إلى غير مزوجة فصار هكذا غير مزوجة و بكراً غير مزوجة من الثمن وذلك غلط فى الحكم وترك للتفريع من جعله من ضمان المشترى والفرق بينهما فان على ضمان البائع الافراع مضمون عليه فلذلك يقدر من ضمان المشترى ليس المضمون علي البائع إلا سلامتها على التزويج وقد تقدم مثل ذلك فى تعذر الرد فى مسألة القطع وأنه يقدر على قول ضمان البائع سليما وأقطع لأن القطع مضمون

فيه عمل غلامه وفى القراض لاعمل على المالك أصلا فلا يجوز شرط عمل غلامه والمسألة مصورة فيما إذا كان الشرط أن يعاونه ويكون تحت يده اما إذا شرط أن يكون التدبير للغلام ويعمل العامل برأيه أو أن يعملا ما اتفق رأيهما عليه لم تجز بلا خلاف ثم ان جوزنا فلابد من معرفة الغلام بالرؤية أو الوصف (وأما) نفقته ففى جواز شرطها على العامل وجهان (أحدهما) المنع لما فيه من قطع نفقة المالك على الملك وبهذا قطع المسعودى (وأظهرهما) الجواز لان العمل فى المساقاة على العامل ولا يبعد أن يلتزم مؤنة من يعمل معه ويعاونه كاستئجار من يعمل معه وعلى هذا فهل يجب تقديرها فيه وجهان

عليه على الأصح وعلى القول الآخر يقدر مستحق القطع وغير مستحقه لأن المضمون عليه سلامته عن استحقاق القطع وقد وافق ابن الرفعة مافى الروضة السقيمة من الغلط فى الحكم وجعل الأرش علي قول ضمان البائع ما بين قيمتها بكراً مزوجة و بكراً غير مزوجة (وان) كان عالما بزواجها أو علم ورضى فلا رد له فان وجد بها عيبا قديما بعد ما افتضت فى يده فله الرد ان جعلناه من ضمان البائع قاله القاضى حسين والبغوي والرافعى وخالفهم المتولي فقال لا رد وهو الراجح لما سأنبه عليه (وان) جعلناه من ضمان المشترى رجع بالأرش وهو ما بين قيمتها مزوجة ثيباً سليمة ومثلها معيبة هكذا قال البغوى والرافعى ولك أن تقول ينبغي أن يكون مابين قيمتها مزوجة بكراً سليمة ومثلها معيبة فان القيمة المعتبرة قيمة يوم العقد على قول و يوم القبض على قول وأقل القيمتين على المذهب وعلى كل قول تقدر هنا بكراً لأنها بكر عند العقد وعند القبض وانما حدثت الثيوبة بعد ذلك فان قال ان ذلك لا يختلف لأن نسبة البكر السليمة من المعيبة كنسبة الثيب السليمة من المعيبة وهو صحيح لكن ذلك يقتضى أن لا يعتد فى كلامه بالثيب بل ينبغي أن يقول وهو ما بين قيمتها مزوجة سليما ومثلها معيبة وهكذا عبارة القاضي حسين فقول الرافعى ثيبا حشو لا فائدة فيه ان كان ذلك لا يختلف أو زيادة مفسدة ان اختلف والله أعلم * وان تعذر ردها بسبب من الأسباب على قولنا أنه من ضمان البائع فالنظر فى الأرش يتجه أن يكون على ما ذكرناه الآن لا يختلف ولا يمكن أن يقال ما بين قيمتها بكراً مزوجة سليمة وثيباً مزوجة معيبة لأن النقص الحاصل بالثيوبة رضى به وصرح القاضى حسين بالمسألة فقال إن قلنا من ضمان البائع يرجع بما بين كونها بكراً غير مزوجة و بكراً مزوجة نقيضه (وان قلنا) من ضمان المشترى فيرجع بما بين كونها بكراً مزوجة وغير مزوجة وفى قوله بكراً مزوجة نقيضه نظر وذكر البغوى رحمه الله فى التهذيب نظير المسألة وهو ما إذا اشترى سارقا عالما بسرقته فقطع فى يده و وجد به عيباً قديما قال له الرد إن جعلناه من ضمان البائع والا فيرجع بالأرش وهو مابين قيمته سارقا غير مقطوع معيبا وغير معيب فقوله غير مقطوع نظيره هنا أن تقوم بكراً وهو خلاف ماوقع فى عبارته

(أحدها) نعم فيبين ما يدفع اليه كل يوم من الخبز والإدام (والثانى) لا وبه أجاب الشيخ أبو حامد بل يحمل على الوسط المعتاد لانه يتسامح بمثل ذلك فى المعاملات ولو شرط أن تكون النفقة على المالك جاز وعن مالك منعه وان شرطاها فى الثمار قال فى التهذيب لا يجوز لان ما يبقى يكون مجهولا وقال صاحب الافصاح يجوز لانه قد يكون ذلك من صلاح المال ويشبه أن يكون ذلك يتوسط فيقال إن شرطاها من جزء معلوم بأن يتعاقدا بشرط أن يعمل الغلام على أن يكون ثلث الثمار للمالك وثلثها للعامل ويصرف الثلث الثالث إلى نفقة الغلام فهو جائز وكان المشروط للمالك ثلثاها وان

وعبارة الرافعي هنا * ثم اعلم أن ماقاله هؤلاء الأئمة القاضي والبغوي والرافعي رحمهم الله يقتضي أن الرضى بالعيب لايبطل أثره بالكلية بل يسقط الرد به وبما هو من سببه ويصير الواقع بسببه بعد القبض كالواقع قبل القبض في عدم المنع من الرد وهذا إنما يتجه على قول أبي اسحق القائل بأن القتل بعد القبض بالردة السابقة يبطل العقد ويوجب الرجوع إلى الثمن إن صح جريان هذا الوجه في مسئلة القطع وشبهها وقد أنكره الشيخ أبو علي كما تقدم (أما) على المذهب الصحيح أنه إذا قتل بعد القبض وكان عالما بردته لايرجع بشيء وكذلك في القطع وزوال البكارة جزما كما تقدم فينبغي أن يكون القطع وزوال البكارة بعد القبض كعيب جديد مانع من الرد بعيب آخر (فان قلت) جعله من ضمان البائع على الصحيح يوجب مساواته لما وجد قبل القبض لكن لايرد به لرضاه بسببه فلا يمنع الرد كما لو كان عيباً قديما رضي به فانه لايمنع الرد وان كان لايرد به (قلت) لو جعلنا مابعد القبض كما قبل القبض في ذلك لوجب أن يبطل العقد بالقتل بعد القبض عند الجهل أما عند العلم فلا فاذا رضي بالعيب أبطل أثره وكلما وجد بعد ذلك وان كان من أثره فليس منسوبا إلى البائع بل هو حادث في يد المشتري ناشيء مما رضي به وليس احالته على المشتري لرضاه بسببه فينبغي أن يكون مانعا من الرد بالعيب القديم قاله المتولي ويرجع بالأرش (فان قلت) لعل كلام القاضي والرافعي والبغوي محمول على أنهم فرعوا ذلك على قول أبي اسحق (قلت) لالأمرين (أحدهما) أنهم لم يذكروا قول أبي اسحق في هذه الصور مع العلم بل كلامهم وكلام غيرهم يقتضي القطع بعدم جريانه هنا (والثاني) أنهم قالوا إذا قلنا من ضمان البائع وقدموا أن الصحيح أن ذلك من ضمان البائع فينبغي أن يتأمل هذا البحث والجواب عنه إن أمكن لينتفع به فيما إذا باع جارية حاملا ونقصت بالولادة وعلم بها عيبا وسيأتي ذلك إن شاء الله تعالى *

﴿ فرع ﴾ زوال البكارة في المسئلة المذكورة لاشك في أنه عيب سواء كانت الجارية مما يظن بكارتها في العادة لصغر سنها أم لا لأنها لما دخلت في العقد صارت مستحقة وان كانت مزوجة بدليل أنها تسلم له بعد الطلاق وقضية ذلك أنه إذا اشترى عبداً كاتباً أو متصفا بصفة تزيد في ثمنه ثم زالت تلك الصفة بنسيان أو غيره في يد البائع ثبت للمشتري الخيار وان لم يكن فواتها عيبا قبل وجودها قال ابن الرفعة وهذا لاشك فيه *

شرطاها في الثمار من غير تقدير جزء لم يجز وان لم يتعرضا للنفقة أصلا فالمشهور انها على المالك بحكم الملك وذكر صاحب الافصاح وراءه احتمالين (أحدهما) أنها تكون من الثمرة (والثاني) أنه يفسد العقد وفي المهذب ذكر وجه أنها تكون على العامل لان العمل عليه وليس للعامل استعمال الغلام في

﴿ فرع ﴾ إذا اشترى جارية حاملا ورضى بحملها ثم وضعت فى يده ونقصت بسبب الوضع ثم اطلع على عيب آخر بها فقياس ماتقدم فى الجارية المزوجة أن لايكون نقصانها بالولادة مانعا من الرد على ماقال ابن الرفعة ويؤيده أن الرافعي حكى فيما إذا أصدق زوجته جارية حاملا فحملت فى يده ووضعت فى يدها ثم طلقها فالنقص الحاصل منسوب اليه أو اليها فيه وجهان وفى كلام الماوردى والرافعي مايقتضى أنه مانع من الرد وسنذكر المسئلة عند ذكر المصنف لها انشاء الله تعالى وقد أشرت فيما تقدم إلى ذلك وقد ذكر طائفة من الأصحاب منهم القاضي أبو الطيب والغزالى والرافعى رحمهم الله مع هذه المسائل أو بعضها مسائل تشاركها فى حصول عيب قبل العقد أو القبض ويوجد أثره بعد القبض كالقتل بردة أو محاربة أو بجناية عمد سابقة أو الموت بمرض سابق والمصنف رحمه الله أفرد لهذه المسائل فصلا فى أواخر هذا الباب وهو أولى لأن كلامه هنا فى العيب الحادث بعد القبض إذا كان سببه متقدماً والحادث فى هذه المسائل بعد القبض تلف يثبت الانفساخ عند من يقول انه لا عيب موجب للرد فلنؤخر الكلام فى شرح هذه المسائل إلى الفصل الذى عقده المصنف لها فالمشاركة المذكورة ولأن التلف فى ذلك منزل منزلة العيب حتي يرجع عند الجهل بالأرش لتعذر الرد بالتلف ولذلك أدخله المصنف رحمه الله فى فصول الرد بالعيب كما سيأتى إن شاء الله ولفعل الاولين مرجح سأذكره قريباً إن شاء الله تعالى * واعلم أن صوررة مسألة الكتاب هنا فيما إذا لم يترتب على القطع تلف (أما) لو اتفق ذلك فالحكم كما سيأتي فى هذه المسائل فى آخر الباب ان شاء الله تعالى (تنبيه) جزم المصنف بالتسوية بين قطع اليد بالسرقة وبالقصاص وكذلك شيخه القاضى أبو الطيب والرافعى وقال الماوردي ان فى القصاص لا يرد اتفاقا لان القود لا يتحتم ويصح العفو عنه والقطع فى السرقة لا يصح العفو عنه (تنبيه آخر) نظراً لاصحاب الخلاف فى هذه المسائل بالقولين فيما إذا علق العتق فى حال الصحة بصفة ثم وجدت الصفة فى مرض الموت هل يعتبر من رأس المال أو من الثلث (تنبيه آخر) كثير من الاصحاب منهم القاضى أبو الطيب والقاضى حسين والرافعى ذكروا مسألة القطع مبنية على مسألة القتل بالجناية وأخواتها ولذلك قدموا الكلام فيها وقدموا مسألة القطع عليها بخلاف ما فعل المصنف فانه أخر مسألة الجناية وحكى الخلاف فى كل منهما من غير بناء وترجح

عمل نفسه إذا فرغ من عمل الحديقة ولو شرط أن يعمل له بطل العقد ولو كان له برسم الحديقة غلمان يعملون فيها لم يدخلوا فى مطلق المساقاة لانه ربما يريد تفريغهم لشغل آخر وعن مالك انهم يدخلون فيه ولو شرط استئجار العامل من يعمل معه من الثمرة بطل العقد لان قضية المساقاة أن تكون الاعمال ومؤناتها على العامل ولانه لا يدرى أن الحاصل للعامل كم هو حتى لو شرط له ثلثى

فعل الاولين بأن مسألة القطع غير منصوصة للشافعي فيما يظهر من كلامهم ومسألة الجناية منصوص على أصلها وأبو الطيب يقول ان قول أبي إسحاق فيها هو مذهب الشافعي وظاهر ذلك أنه منصوص عليه وسيقع الكلام في ذلك عند ذكر المصنف له ان شاء الله تعالى وممن وافقهم على البناء المذكور الروياني في البحر وقال فيه ان بعض أصحابنا بخراسان قال إذا قلنا بالاول لا يرد بل يرجع بما بين قيمته سارقاً مقطوعا وقيمته غير مقطوع بالسرقة من الثمن قال وهذا ضعيف (قلت) ومراده بالاول قول أبي اسحاق وعبر الروياني عنه بأنه قول الشافعي لكن هذا الذي نقله عن بعض الخراسانيين لا يكاد يفهم *

(فرع) إذا رضي بالقطع واطلع على عيب آخر قديم فله الرد ان جعلنا القطع من ضمان البائع والا فلا قاله القاضي حسين *

(فرع) إذا كان عليه حد بالسياط فاستوفى بعد القبض فان مات فالحكم كما سيأتي في أواخر الباب وان سلم فالحكم كما مر في السابق فاستحقاق الحد بالسياط كاستحقاق القطع بالسرقة والقصاص قاله صاحب التتمة *

(فرع) عبد عليل به أثر السفر فقال سيده لرجل اشتر مني هذا العبد فان مرضه من تعب السفر ويزول عن قريب فاشتراه فازداد مرضه ولم يزل قال القاضي حسين في الفتاوى ليس له الرد لانه غرر بنفسه وما غره البائع *

(فرع) إذا وجدت إزالة البكارة من الزوج أو قطع اليد قبل القبض وكان قد رضي بالزوجة والجناية فقد تقدم أني لم أر نقلا في جواز الرد بذلك والاقرب القطع بأنه لا يوجب الرد فلو وجد مع ذلك عيب لم يرض به هل يكون زوال البكارة وقطع اليد مانعا من الرد بالعيب الآخر لرضاه بالسبب أم لا؟ الذي يظهر أن يقال (ان) جعلنا وجود ذلك بعد القبض غير مانع مع العلم كما قاله الرافعي بناء على أنه من ضمان البائع فهنا أولى (وان) جعلناه مانعا وأنه يرجع بالارش فههنا احتمالان مأخذهما

الثمرة ليصرف الثلث إلى الاجراء ويخلص له الثلث فعن القفال أنه يصح فاذا امتنع شرط الاجرة في الثمرة فأولى أن يمتنع شرط أدائها من سائر أموال المالك هذا ما ذكره المزني وعامة الأصحاب ونقل صاحب الكتاب وجهين فيما إذا شرط أن يستأجر بأجرة على المالك وأشار بقوله ولم يبق للعامل إلا الدهقنة والتحذق في الاستعمال إلى توجيه الجواز معناه أن المالك قد لا يهتدى إلى الدهقنة واستعمال الاجراء أولا يجد من يباشر الأعمال أو من لا يأتمنه فتدعو الحاجة إلى أن يساقي من يعرف ذلك لينوب عنه في الاستعمال *

أن المنع بعد القبض لاجل وقوعه في يد المشتري أو لأجل العلم (ان قلنا) بالاول لم يمتنع هنا لوقوعه في يد البائع (وإن قلنا) بالثاني امتنع لوجود العلم ولم أر في ذلك نقلا (والأظهر) أن المنع بعد القبض لأجل حدوثه في يد المشتري مع العلم بسببه وهذا المجموع منتف قبل القبض فلا يمتنع الرد وان علم بالسبب لأن هذا عيب زائد على ماعلمه ولهذا أقول انه لايمتنع عليه الرد هنا وان كنت استشكلت عدم امتناع الرد بعد القبض كما تقدم والله أعلم *

﴿ فرع ﴾ عن أبي حنيفة أنه إذا قطع في يد المشتري رجع بنصف الثمن و وافق في مسائل التلف التي ستأتي إن شاء الله تعالى أنه يرجع بالجميع لأنه من ضمان المشتري *

* قال المصنف رحمه الله تعالى *

﴿ إذا وجد المشتري بالمبيع عيبا لم يخل أما أن يكون المبيع باقيا على جهته أو زاد أو نقص فان كان باقيا على جهته وأراد الرد لم يؤخره فان أخره من غير عذر سقط الخيار لانه خيار ثبت بالشرع لدفع الضرر عن المال فكان على الفور كخيار الشفعة ﴾ *

﴿ الشرح ﴾ للمبيع المعيب خمسة أحوال أن يكون باقيا على جهته أو زائداً أو ناقصا أو زائداً من وجه وناقصا من وجه أو تالفا ذكر المصنف الثلاثة الأولى وعقد لكل منها فصلا وذكر الخامسة في فصل بعد ذلك ولم يذكره في القسم هنا لأنه لايقال وجد العيب بالمبيع بعد تلفه وهو يقسم فيما إذا وجد بالمبيع عيبا ولو أريد بوجد العلمية التي تتعدى إلي مفعولين صح اطلاقها بعد التلف لكن ظاهر كلامه أنها من وجدان الضالة وذلك يستدعي موجوداً وأما الزائد من وجه والناقص من وجه فاما أن يكون المراد أن الأمر لايخلو عن ذلك فالقسمة حينئذ حاصرة واما ان يكون تركه لان حكمه يعلم من التسمين وقلما يقع التعرض له وعطفه بأو علي اما غير متضح من جهة العربية وكثيراً مايقع ذلك في كلام المصنفين وكذلك قوله او زاد وكان الاولى أن يقول زائداً عطفا علي ماهنا (أما الاحكام) فاذا كان المبيع الذي ظهر به العيب باقياً بحاله فقد تقدم أنه مخير بين امساكه ورده فان

قال ﴿ ويشترط تأقيت المساقاة لأنها لازمة فيضر التأبيد * وليعرف العمل جملة * ثم ليعرف بالسنة العربية * فان عرف بادراك الثمار جاز على الاصح * فان عرف بالعربية فبرزت الثمار في آخر المدة ولم تدرك في المدة فالعامل شريك فيها ﴾ *

اشتراط التأقيت في المساقاة قد سبق ذكره في أول الباب ويتعلق هذا الركن به من جهة أن العمل يجب تعريفه ببيان المدة دون التعيين والتفصيل ثم إن أقتت بالاشهر أو السنين العربية فذاك وان أقتت بادراك الثمار فوجهان (أحدهما) أنه لايجوز لانه قد يتقدم تارة ويتأخر أخرى فليقدر بما

أراد رده فخيار الرد على الفور عندنا وعند جمهور العلماء وكنت أحسب أن ذلك مجمع عليه حتى رأيت ابن المنذر نقل عن أبي ثور أنه لا يكون الرضى إلا بالكلام أو يأتي من الفعل مايكون في المعقول في اللغة أنه رضا فله أن يرد حتى تنقضي أيامه ويستمع لأنه ملكه وكذلك نقل ابن حزم فانه قال لا يسقط الرد إلا باحدى خمسة أشياء مطبقة بالرضا أو خروجه كله أو بعضه عن ملكه أو إيلاد الأمة أو موته أو ذهاب عين الشيء أو بعضه قال وهو قول أبي ثور وغيره انتهى ومن يعد أقوال أبي ثور وجوها يلزمه أن يجعل هذا وجها من المذهب وهو في غاية الغرابة ونقل ابن المنذر عن جماعة من العلماء المتقدمين فتاوى محتملة لأن لا يكون الرد على الفور ومحتملة لخلافه فلذلك لم أذكرها ولعلي أذكرها بعد هذا في تفصيل الأشياء المبطلة للخيار إن شاء الله وقد استدل الأصحاب بكون الرد على الفور بدليلين (أحدهما) أن الأصل في البيع اللزوم وذلك متفق عليه ومن الدليل فيه قوله ﷺ في حديث المتبايعان بالخيار «وان تفرقا بعد أن تبايعا ولم يترك واحد منهما فقد وجب البيع» متفق عليه وذلك يقتضي لزوم العقد من الجانبين وأنه لا خيار بعد التفرق ثم انا أثبتنا الخيار بالعيب بالدليل الدال عليه من الاجماع وغيره والقدر المحقق من الاجماع ثبوته على الفور والزائد على ذلك لم يدل عليه اجماع ولا نص فيجري فيه على مقتضى اللزوم جمعاً بين الدليلين وتقليلا لمخالفة الدليل ما أمكن ولأن الضرر الذي شرع الرد لأجله يندفع بالبدار وهو ممكن فالتأخير تقصير فيجري عليه حكم اللزوم الذي هو الأصل (الدليل الثاني) ما ذكره المصنف رحمه الله من أن القياس على خيار الشفعة وفيه احترازات قال ابن معن احترز بقوله ثبت بالشرع من خيار الشرط في البيع وبقوله لدفع الضرر عن المال عن خيار الأمة إذا عتقت تحت عبد (إذا قلنا) ليس الخيار على الفور ومن خيار المرأة بالمطالبة بالعنة أو الطلاق في الايلاء ومن الخيار بين القصاص والدية وقد أجاد في ذلك وزاد غيره خيار العنة أيضاً كخيار الأمة قال بعض الفضلاء وهو منقوض بخيار المجلس فانه ثبت بالشرع لدفع الضرر عن المال وليس على الفور وهذا النقض مندفع بأن خيار المجلس ثبت رفقاً بهما كما قاله المصنف رحمه الله في أول البيع وذلك على وجه التروي والنظر في المصلحة لا لدفع الضرر المحقق فانه قد لا يكون ثم ضرر أصلا ولا يستند إلى

تقدر به الاجارات والآجال في العقود (والثاني) لا يجوز لانه المقصود من هذا العقد ألا ترى أنه لو أقت بالزمان كان الشرط أن يعلم أو يظن الادراك فيه فاذا تعرض للمقصود كان أولى وهذا أصح عند صاحب الكتاب والأول أصح عند الاكثرين وهو المذكور في التهذيب وإذا قلنا بالثاني فلو قال ساقيتك سنة وأطلق فيحمل على سنة عربية أو على سنة الادراك فيه (وجهان) زعم الشيخ أبو الفرج السرخسي أن أصحهما الثاني واذا قلنا بالاول لو أقت بالزمان فأدركت الثمار وبعض المدة باقية وجب على

ظهور وصف فى المبيع وبعد أن كتبت هذ رأيت هذا المعنى بعينه لأبى محمد عبد الله بن يحيى الصعبي فى كلامه على المذهب الذى سماه غاية المفيد ونهاية المستفيد وجعل قوله لدفع الضرر احترازاً من خيار المجلس فانه ثبت للارتياء والنظر وقد يرد على المصنف فى ذلك خيار التصرية على قول أبى حامد المروروزى كما تقدم فانه خيار ثبت بالشرع لدفع الضرر عن المال ومع ذلك يمتد إلى ثلاثة أيام عند أبى حامد وقد يجاب عن هذا بأن أبا حامد يجعل ثبوته ثلاثا بالحديث ولا يجعله لكونه عيباً بدليل أنه يثبته مع العلم وإذا كان كذلك فلا يكون لدفع الضرر عن المال وقد يورد على المصنف أيضاً الخيار الذى أثبته النبي ﷺ لحبان بن منقذ فان ذلك خيار ثابت بالشرع لدفع الضرر عن المال وهو يمتد ثلاثة أيام ويجاب عنه بأن ذلك مختص بحبان بن منقذ كما أشار اليه الشافعى رضى الله عنه فيما تقدم ويجاب عن كل من هذا وخيار المصراة على قول أبى حامد بأنهما خارجان من مقتضى القياس المذكور بالنص على خلاف القياس فيبقى فيما سواهما على مقتضاه وقد يورد على المصنف أنه قاس فى باب الشفعة سقوط الخيار بتأخير الطلب من غير عذر على الرد بالعيب وههنا قاس الرد بالعيب على الشفعة وأجابوا عن هذا بأن قياس الرد بالعيب على الشفعة وورود الخبر فيها وقياس الشفعة على الرد بالعيب لأن الشفعة تردد قول الشافعى فيها بخلاف الرد بالعيب فان أكثر العلماء اتفقوا على أنه على الفور وعدوا ذلك من محاسن المهذب وإذا تأملت كلام المصنف فى باب الشفعة حكمت بعدم صحة السؤال لأنه لما قال انها على الفور على الجديد الصحيح أستدل له بالحديث ثم قال فعلى هذا ان أخر الطلب من غير عذر سقط لانه على الفور فسقط بالتأخير من غير عذر كالرد بالعيب وهذا الكلام يقتضى المغايرة بين الحكمين وان سقوط الخيار بالتأخير هو المقيس على الرد بالعيب وهو غير كونه على الفور الثابت بالحديث وههنا فى الرد بالعيب المقصود اثبات كونه على الفور بالقياس على الشفعة فالمقيس هناك على الرد بالعيب غير المقيس هنا على الشفعة فلا سؤال ولا أشكال ولا حاجة إلى الجواب المذكور ولكن لك أن تقول ان كان السقوط بالتأخير من غير عذر ظاهر اللزوم لكون الخيار على الفور ولا

العامل أن يعمل فى تلك البقية ولا أجرة له وان انقضت المدة وعلى الاشجار طلع أو بلح فللعامل نصيبه منها وعلى المالك التعهد إلى الادراك فان حدث الطلع بعد المدة فلا حق له فيه وجواز المساقاة أكثر من سنة على الاقوال التي نذكرها فى جواز الاجارة أكثر من سنة وإذا جوزنا فهل يجب أن يعين حصته كل سنة أم يكفى قوله ساقينك على النصف لاستحقاق النصف كل سنة فيه وجهان أو قولان كما فى الاجارة وفى المهذب طريقة أخرى قاطعة بوجوب البيان لان الاختلاف فى الثمار يكثر وفى المنافع يقل ولو فاوت بين الجزء المشروط فى السنتين لم يضر وفيه وجه أنه على الخلاف فيما إذا

حاجة في الشفعة إلى قياسه على الرد بالعيب وان لم يكن كذلك فلا يكفي الرد بالعيب لثبوته إن ثبت أنه على الفور بالقياس على الشفعة كما هو مدلول كلام المصنف هنا فيحتاج إلي الجواب المذكور وقد خطر لى فى الجواب عن ذلك والاعتذار عن المصنف فى جعله سقوط الشفعة بالتأخير بعد تقرير كونه على الفور منشئاً علي الرد بالعيب مسئلة غريبة نقلها أبو سعد الهروى عن تعليق البندنيجى أن الشافعى رضى الله عنه نص فى اختلاف العراقيين على القول الصحيح أن الشفعة على الفور للشفيع خيار المجلس لأنه قال ولو عفا عن الشفعة ثم تركها ثم بدا له فأراد المطالبة بها كان له مادام فى المجلس قال الهروى ووجهه أن العفو تقرير لملك المشترى لجهة المعارضة فيعقب بخيار المجلس كالشراء وعكسه الابراء عن الدين فانه اسقاط محض ولم يتضمن تقرير ملك فى غيره (قلت) فلعل المصنف رحمه الله اطلع على هذا النص القائل بأن الشفعة لاتبطل بالعفو مادام فى المجلس على قول الفور ولا شك أن التأخير أولى بعدم البطلان فأراد أن يدفع ذلك بالقياس على الرد بالعيب وهذا ينبغى السؤال عنه على أنى نظرت باب الشفعة من اختلاف العراقيين نظر العجل فلم أر هذا النص فيه وهو غريب مشكل ورأيت في كتاب احمد بن بشري الذى جمع فيه من نصوص الشافعى مايوافقه فانه قال وتسليم الشفعة أن يقول سلمت شفعتى أو تركتها أو ما أشبهه ثم يفارق الشهود الذين قال بين أيديهم قد سلمت شفعتى فان لم يفارقهم حتى يقول أنا على شفعتى فذلك له وهذا هو ذاك النص بعينه وأيضاً فقد اختلف الأصحاب فى خيار المجلس فى الشفعة وفسره بعضهم بأنه يخير بين الأخذ والترك فى المجلس (وان قلنا) بالفور فما قاله المصنف يدفعه *

﴿ فرع ﴾ إذا ادعى البائع أن المشترى أخر الرد بعد العلم وأنكر المشترى فالقول قول المشتري مع يمينه قاله الرويانى عن جامع القاضى أبى حامد *

﴿ فرع ﴾ أطلق المصنف رحمه الله أن التأخير من غير عذر يسقط الخيار والمراد بذلك أن يبادر على العادة قال أصحابنا فلا يؤمر بالعدو والركض ليرد ولو كان مشغولا بصلاة أو أكل أو قضاء حاجة

أسلم فى جنس إلى أجال ولو ساقاه سنتين وشرط له ثمرة سنة بعينها والاشجار بحيث تثمر كل سنة لم يصح لأنها ربما لاتثمر تلك السنة فلا يكون للعامل شيء او إلا تلك السنة فلا يكون للمالك شيء ويخالف مالو ساقاه على ودى عشر سنين والثمرة لاتتوقع إلا فى العاشرة لتكون هي بينهما انه شرط له سهماً من جميع الثمرة ولو انه أثمر قبل سنة التوقع لم يستحق العامل منها شيئاً (وقوله) فى الكتاب وليعرف العامل عمله لاينبغى ان يقرأ علي الامر لانه حينئذ يكون المراد منه أنه لايشترط تفصيل الأعمال وهذا قد ذكره آخر الباب فيلزم التكرار وأيضا فان المسألة لا تتعلق بركن العمل ولكنه

فله الخيار إلى أن يفرغ وكذا لو اطلع حين دخل وقت هذه الأمور فاشتغل بها فلا بأس وكذا لو لبس ثوباً وأغلق باباً قال الماوردي والرافعي ولو وقف عليه ليلا فله التأخير إلى أن يصبح وقال الهروى فى الاسراف إلى ضوء النهار وهما راجعان إلى معني واحد هكذا أطلق الماوردى والرافعى جازما بذلك اعتباراً بالعرف وقال صاحب التتمة إذا اطلع بالليل ولم يتمكن من حضور مجلس الحكم ولا من استحضار الشهود ليفسخ بحضرتهم ولا من أخبار البائع بذلك فعامة أصحابنا قالوا لابد أن يقول فى الوقت فسخت والا سقط حقه وكان القفال يقول لا يبطل بل يؤخر حتى يحضر البائع أو الشهود أو يحضر مجلس الحكم والظاهر أن صاحب التتمة يطرد هذا الخلاف فى تأخر الفسخ بالعذر مطلقاً ويشمل ذلك الصور المتقدمة من الأكل وقضاء الحاجة ونحوه ويكون ذكر هذه الاعذار المتقدمة على ما ذكر إنما تستمر على رأى القفال ويحتمل أن يكون ذلك مختص بالليل لما فيه من التأخير كما يقوله فى الغيبة والمرض أنها الأعذار المتقدمة فلا يعد فى العرف تأخيرا وهذا الاحتمال الثانى أوفق لكلام الرافعى واشتراط صاحب التتمة عدم التمكن فى الليل يقتضى أنه متي تمكن فيه كان كالنهار وكذلك قال ابن الرفعة لا فرق بين الليل والنهار إذا تمكن من المسير فيه من غير كلفة (أما) إذا كان فيه كلفة فله التأخير إلى الصباح وهذا وان كان المعنى والفقه يقتضيه فلم أر التصريح به لغيره قال البغوي وابن أبي عصرون انه فى الليل لا يلزمه تعجيل الفسخ ولا الاشهاد على نفسه بالرد فى أصح الوجهين وهذا الوجه الذى أشار اليه يسلكه مسلك الغيبة وسيأتى الكلام فيها إن شاء الله ولو لقى البائع فرد عليه قبل سلامه صح ولو رد عليه بعد سلامه صح أيضاً خلافاً لمحمد بن الحسن قاله الماوردى والرافعى وغيرهما وفى بعض الشروح للتنبيه حكاية وجهين فى كون السلام عذراً هو بعيد وان كان الامام قال في الشفعة ان من عده فى اشتراط قطع ما هو مشغول به من الطعام وقضاء الحاجة لايبعد أن يشترط ترك الابتداء بالسلام ولو علم به وهو ممنوع بعته أو مرض كان على حقه إلى أن يزول المنع قاله الماوردى وسيأتي كلام كثير فى حالة الغيبة لو لم يتم الغرض إلا باستيفائه فهذه كلها أعذار احترز عنها المصنف رحمه الله بقوله من غير عذر وقال الأئمة ان الكلام فى المبادرة وما يكون تقصيراً وما لا يكون محله كتاب الشفعة وأحالوا الكلام هنا عليه وقد حكوا هناك وجهاً أنه يلزمه إذا اطلع على الشفعة تعاطى

معطوف على قوله لأنها لازمة المعنى أنه يشترط تأقيت المساقاة للزومها وليكون التأقيت معرفاً للعمل مقدراً بجملته (وقوله) ثم ليعرف بالسنة العربية المراد ليعرف بالزمان وذكر العربية يجرى على سبيل التمثيل لا لتخصيص التأقيت بها فان التأقيت بالرومية وغيرها جائز إذا علماها فاذا أطلقا لفظ السنة انصرف إلى العربية وكذا سبيل قوله وان عرفت بالعربية *

ما هو عليه من طعام والخروج من الحمام والنافلة ونحو ذلك تحقيقا للبدار قال ابن الرفعة ومثله لا يبعد جريانه ههنا لأنهما في قرن وعد ابن الرفعة من الاعذار اباق العبد قبل القبض فان المشترى إذا اطلع عليه وأخر لا يسقط حقه بل لو صرح باسقاطه لم يسقط على الصحيح (قلت) والحكم كما ذكر ولكن ذلك لأن السبب متجدد في كل وقت فلا يحصل حقيقة التأخير فلا يحسن عده في جملة الاعذار *

﴿ فرع ﴾ وأما الذى لا يكون عذراً فكثير (منها) لو بادر حين العلم بالعيب فلقى البائع فأخذ في محادثته ثم أراد الرد فلا رد له قاله الماوردى والرافعي وغيرهما ولو أخر الرد مع العلم بالعيب ثم قال أخرت لأنى لم أعلم أن لى حق الرد فان كان قريب العهد بالاسلام أو نشأ في برية لا يعرفون الأحكام قبل قوله ومكن والا فلا وعن الفروع حكاية قولين كالأمة إذا ادعت الجهالة بالحكم ولو قال لم أعلم أنه يبطل بالتأخير قبل قوله لانه مما تخفى على العوام هكذا قال الرافعي وقال النووى انما يقبل قوله ولم أعلم أن الرد على الفور وقول الشفيع لم أعلم أن الشفعة على الفور إذا كان ممن يخفي عليه مثله وقد صرح الغزالى وغيره بهذا في كتاب الشفعة (قلت) وفي الاطلاقين نظر ويتعين أن يقال يقبل قوله إذا كان ممن يخفى عليه أو مجهول الحال أما من علم أنه لا يخفى عليه فلا يقبل قوله وعلى هذا يحمل اطلاقهم وحيث بطل حق الرد بالتقصير يبطل حق الأرش أيضاً *

﴿ فرع ﴾ لو اطلع على عيب قبل القبض تلزمه المبادرة على الفور أيضاً على ما يظهر من كلامهم ولا يقال ان له التأخير الى القبض لأن كل ما كان قبل القبض من ضمان البائع ودوام العيب عيب *

﴿ فرع ﴾ فيه تحقيق الكلام في الفور وكيفية الرد وحال الغيبة والمرض قال القاضى حسين عن عامة الاصحاب ان عليه الفسخ على الفور وعن الشيخ وهو القفال أن له التأخير إلى حضور مجلس الحكم هكذا رأيته في تعليقه وأراد أبو سعد الهروى في النقل عن القاضى حسين أنه رد على القفال وقال سبيله أن يفسخ الواقع منه لتيسر الاثبات له ويقرب منه ما تقدم عن صاحب التتمة ونقل عن عامة

قال ﴿ الركن الرابع الصيغة (و) فيقول ساقيتك على هذه النخيل بالنصف أو عاملتك فيقول قبلت * فلو عقد بلفظ الاجارة لم يصح على الأظهر (و) لفقد شرط الاجارة * ولا يشترط (و) تفصيل الأعمال فان العرف يعرفها ﴾ *

يجوز أن يعلم قوله الركن الرابع بالواو للوجه المكتفى به العقود بالتراضى والمعاطاة وكذا في القراض وغيره ثم أشهر صيغ هذا العقد أن يقول ساقيتك على هذه النخيل بكذا أو عقدت معك عقد المساقاة

الاصحاب فى الليل أنه لابد من تلفظه بالفسخ وعن القفال أنه يؤخر إلى وجود البائع أو الشهود أو مجلس الحكم قال الامام ان تمكن من الفسخ بين يدى قاض فلا عذر فى التأخير وان لم يحضر خصمه ولم يتمكن من الاشهاد فليبتدر الرفع إلى القاضى بحيث لا يعد تقصيراً فى العرف ولا يلزمه النطق بالفسخ قبل الحضور فان رفع إلى الحاكم مع حضور الخصم بطل حقه على المذهب وان لم يجد الغريم فأمكنه أن يتلفظ بالرد و يشهد فلم يفعل ورفع إلى القاضى فوجهان وقال الغزالى فى البسيط ان نهض إلى البائع كما اطلع لم يكن مقصراً وان لم يكن حاضراً ورفع إلى القاضى فليس مقصراً وان فسخ فى بيته وأشهد فليس مقصراً وان رفع إلى القاضى مع حضور الغريم بطل حقه على المذهب وان لم يكن الغريم حاضراً وأمكن الاشهاد فلم يشهد ورفع إلى القاضى فوجهان وهو موافق لكلام الامام وجزمه أولا بأنه إذا رفع إلى القاضى ليس مقصراً محمول على ما إذا لم يمكن الأشهاد جمعا بين أول كلامه وكلام الامام أنه يرد على الغريم فان لم يحضر فالاشهاد أو يكتفى بالحاكم وجهان فعلى أحد الوجهين الغريم ثم الاشهاد ثم الحاكم وعلى الوجه الآخر الغريم ثم الاشهاد أو الحاكم فى رتبة واحدة وهذا إذا لم يكن حاضراً فى مجلس الحكم فان كان حاضراً بين يدى القاضى فلا يعذر فى التأخير كما قدمه الامام وقال فى الوسيط ان كان العاقد حاضراً فليرد عليه في الحال وان كان غائباً فليشهد على الرد اثنين فان عجز فليحضر مجلس القاضى فان رفع إلى القاضى والخصم حاضر فمقصر وان كان الشهود حضوراً فرفع إلى القاضى فوجهان اذ فى الرجوع الى القاضى مزيد تأكيد فاقتضى هذا الترتيب الغريم ثم الاشهاد ثم الحاكم وقيل الغريم ثم الاشهاد أو الحاكم فى رتبة واحدة وقال فى الوجيز يرد عليه فى الوقت ان كان حاضراً وان كان غائباً أشهد شاهدين حاضرين فان لم يكن حاضراً عند القاضى فوافق ما فى الوسيط قال الرافعى وفى الترتيب المذكور اشكال يعنى الذى فى الوسيط والوجيز قال لأن الحضور فى هذا الموضع اما أن يعني به الاجتماع فى المجلس أو الكون فى البلد فان كان الأول فاذا لم يكن البائع عنده ولا وجد الشهود ولم يسع الى القاضى ولا سعى إلى البائع واللائق لمن يمتنع من المبادرة إلى القاضى إذا وجد البائع أن يمنع منها

قال الأئمة وتنعقد بكل لفظ يؤدى معناها كقوله سلمت اليك نخلى لتتعهدها على أن يكون لك كذا أو عمل هذه النخيل أو تعهد نخيلى بكذا وهذا يجوز أن يكون جواباً علي أن مثله من العقود ينعقد بالكتابة ويجوز أن يكون ذهاباً إلى أن هذه الألفاظ صريحة ونظيره أنا علي رأي يقول صرائح الرجعة غير محصورة ويعتبر القبول فى المساقاة ولا تجىء فيها الوجوه المذكورة فى القراض والوكالة للزومها هكذا قال الامام وصاحب الكتاب ولو تعاقدا بلفظ الاجارة فقال المالك استأجرتك لتتعهد نخيلى

إذا أمكنه الوصول اليه وان كان الثانى فأى حاجة إلى أن يقول شاهدين حاضرين ومعلوم أن الغائب عن البلد لا يمكن إشهاده ثم علي التفسيرين فكون حضور مجلس الحكم مشروطا بالعجز عن الاشهاد بعيداً أما على الاول فلان حضور مجلس الحكم قد يكون أسهل عليه من احضار من يشهده أو الحضور عنده وأما على الثانى فلأنه لو اطلع على العيب وهو حاضر فى مجلس الحكم ينفذ فسخه ولا يحتاج الى الاشهاد بل يتعين عليه ذلك ان أراد الفسخ فظهر أن الترتيب الذى يقتضيه ظاهر لفظ الكتاب غير مرعى انتهى كلام الرافعي ووافقه النووى على هذا الاشكال وقال ان الترتيب الذى ذكره الغزالى مشكل خلاف المذهب وقال الرافعى ان الذى فهمه من كلام الأصحاب ان البائع إن كان فى البلد رد عليه بنفسه أو بوكيله وكذا لو كان وكيله حاضراً ولا حاجة إلى المرافقة فلو تركه ورفع الأمر إلى مجلس الحكم فهو زيادة توكيد وحاصل هذا تخييره بين الأمرين وان كان غائباً عن البلد دفع الأمر إلى مجلس الحكم والى أن ينتهى إلى الخصم أو القاضى فى الحالين لو تمكن من الاشهاد على الفسخ هل يلزمه (وجهان) قطع صاحب التتمة وغيره باللزوم ويجرى مجرى الخلاف فيما إذا أخر بعذر من مرض أو غيره ولو عجز فى الحال عن الاشهاد فهل عليه التلفظ بالفسخ وجهان (أصحهما) عند الامام وصاحب التهذيب لاحاجة اليه انتهى ماذكره الرافعى وهو مخالف لما قاله الامام والغزالى فى كون الرفع إلى القاضى مع حضور الخصم مبطلا كما يقوله الامام وعند الرافعى هو مخير بينهما ومخالف له أيضاً فى الاكتفاء بالاشهاد عن الحضور إلى الحاكم كما يقتضيه كلام الغزالى فى البسيط والوجيز وصدر كلام الامام فى النهاية وعلى ما قاله الرافعى لا يكتفى بذلك جزماً ولا يجوز التشاغل به عن الحاكم وزائد على كلام الامام والغزالى بلزوم الاشهاد عند الامكان إلى أن ينتهى إلى الخصم أو القاضى فى الحالين على ما قطع به صاحب التتمة وغيره وان كان آخر كلام الامام والغزالى فى البسيط يمكن حمله على الوجهين فى ذلك الذى حكاهما الرافعى لكنه إن صح حمله على ذلك قاصر على الحاكم دون الخصم فهذه الامور الثلاثة فى كلام الرافعي رحمه الله وفى كلام الامام

بكذا من ثمارها فيه وجهان جاريان فى الاجارة بلفظ المساقاة (أحدهما) الصحة لما بين العقدين من المشابهة واحتمال كل واحد من اللفظين معني الآخر (وأظهرها) المنع لأن لفظ الاجارة صريح فى غير المساقاة فان أمكن تنفيذه فى موضعه نفذ فيه والا فهو إجارة فاسدة والخلاف نازع إلى أن الاعتبار باللفظ أو المعني ولو قال ساقيتك على هذه النخيل بكذا ليكون أجرة لك فلا بأس اسبق لفظ المساقاة هذا إذا قصد بلفظ الاجارة المساقاة أما إذا قصد الاجارة نفسها فينظر إن لم تخرج الثمرة لم يجز لأن الشرط أن تكون الأجرة فى الذمة أوموجودة ومعلومة وان خرجت فان بدا الصلاح فيها جاز سواء شرط ثمرة نخلة معينة أو جزء شائعاً هكذا أطلقوه لكن يجيء فيه ماسنذكره فى مسألة قفيز الطحان

زيادة بيان أنه ان تمكن من الفسخ بين يدى قاض فلا عذر فى التأخير ومقتضى ذلك أنه مقدم على الجميع وهو كذلك بلا نزاع فقول الرافعى انه يخير بين الأمرين ان أراد فى غير مجلس الاطلاع وهو الظاهر فبقيت عليه هذه الحالة لم يذكرها وان اراد مطلقاً اقتضى أنه من الحاكم ويذهب إلى البائع أو يترك البائع فى المجلس ويذهب إلى الحاكم وسنذكر عن ابن الرفعة ما فيه وما ذكره الرافعى من أن الاصح عند الامام وصاحب التهذيب أنه لا حاجة إلى التلفظ بالفسخ عند العجز مخالف لما تقدم عن القاضى حسين ونقله عن عامة الاصحاب ووموافق لما نقله عن القفال وفيما ذكره الرافعي من التخيير بحيث لابد من معرفته سأفرد له فرعاً فى آخر الكلام ان شاء الله تعالى وقال ابن الرفعة في الكفاية على سبيل الايراد على الغزالي ان الامام ذكر فى الشفعة أن الشفيع لو ابتدر مجلس الحكم فهو فوق مطالبة المشترى وحكيا معاً وجهين فيما إذا تمكن من الاشهاد وتركه ودفع إلى القاضى وهذا يدل على أن المضى إلى القاضى أقوى من لقاء الخصم وان الاشهاد أقوى من المضى إلى القاضى هكذا كلامه فى الكفاية وقال فى المطلب أن مراد الغزالى هنا فى الوسيط والوجيز بالحضور الحضور فى البلد وكذلك مراده فى البسيط هنا ويظهر على ذلك ان الرفع إلى القاضى مع حضور الخصم فى البلد ليس بتقصير بل هو فوقه لاحتمال المنازعة (وأما) الرفع إلى القاضى مع حضور الشهود مجلس الاطلاع ففيه الوجهان ثم قال ابن الرفعة انه على قولنا لا يجب الفسخ بحضرة الشهود فهل يجب عليه أن يشهد أنه طالب للرد يشبه أن يكون فيه وجهان كالشفعة ومن ذلك ان صح ينتظم ثلاثة أوجه ثالثها الاشهاد يعتبر عند تيسره على طلب الرد لا على نفس الرد (قلت) والصحيح كما تقدم عن الرافعى أنه يلزمه الاشهاد على نفس الرد (وأما) الاشهاد على أنه طالب الرد ولا يكفى فانه ههنا بمكنة إنشاء الرد بحضرة الشهود وفى الشفعة لا يمكنه الأخذ إلا بأمور هى مقصودة إذا ذاك فليس المقدور فى حقه إلا الاشهاد على الطلب ثم اعترض ابن الرفعة على نفسه بأن الامام والغزالى فى البسيط قالا فى الشفعة ان الشفيع إذا ترك مطالبة المشترى مع الحضور وابتدر الحاكم فهو فوق مطالبة المشترى وهذا المعني يجوز أن يقال فى حالة حضور المشترى فى البلد وحضوره مجلس الاطلاع على الشفعة ويجوز أن يقال مثله فى الحالين

واخواتها فان لم يبد فيها الصلاح فان شرط له ثمرة نخلة بعينها جاز بشرط القطع وكذا لو شرط كل الثمار له وان شرط جزء شائعاً لم يجز وان شرط القطع لما سبق فى البيع وإن عقد بلفظ المساقاة فالصحيح وهو المذكور فى الكتاب أنه لاحاجة إلى تفصيل الأعمال بل يحمل فى كل ناحية على عرفها الغالب وفيه وجه أنه يجب تفصيلها لان العرف يكاد يضطرب وما ذكرناه فيما إذا علم المتعاقدان العرف المحمول عليه فان جهلا أو أحدهما وجب التفصيل لامحالة *

فى الرد بالعيب أجاب بأنه يحمل ما ذكره فى الشفعة على حالة غيبة المشترى عن مجلس الاطلاع عليها لأن فى حالة الحضور لا حاف على الشريك فى قوله أنا طالب بالشفعة أو تملكت بها أو وجد بدل المال فان نازعه المشترى إذ ذاك رفعه إلى الحاكم وفى حال غيبة المشترى عن مجلس الاطلاع لا بد من المضى إماله أو للحاكم فكان مخيراً بينهما أحوط وهذا لا تباين بين الكلامين قال وهذا قلته بناء على ما صار اليه معظم الأصحاب من أنه إذا أمن الرد على [1] لا يعذر بطلب الحاكم (أما) إذا قلنا بما صار اليه القفال فيما حكي القاضى عنه فلا فرق بين الحالين فى جواز تأخير الطلب إلى وقت الحضور بين يدى القاضى كما ذلك مقتضى إطلاق القاضى فى تعليقه عنه ولا جرم قال الامام مشيراً إلى هذا الوجه لو كان المردود عليه حاضراً فابتدر القاضى فظاهر المذهب أنه يبطل حقه لكن حكاية الهروى عن القفال لا تدخل حالة قصوره مع البائع بل حال غيبته وتمكنه فيها من الاشهاد وإذا كان كذلك ظهر صحة ما قال الغزالى من الجزم بأنه يقصر يعنى إذا رفع إلى القاضى والخصم حاضر أى فى مجلس الاطلاع (قلت) ما حكى الهروى عن الشيخ أبى حامد أن الرفع إلى القاضى والطلب منه أن يحضر المشترى حتى يأخذ منه بالشفعة تطويل يبطل الحق قال ابن الرفعة وقد ينحل ما ذكرناه على ما يختاره من فهم كلام الوسيط اتباعاً لما فى الوجيز ان تأخير الرد بحضرة القاضى قد جمعهما مجلس الاطلاع تقصير جزماً وكذا تأخيره إذا اجتمع هو والمالك فى مجلس الاطلاع وفيه ماسلف عن الامام وقد عرفت اندفاعه وعند عدم حضور البائع مجلس الاطلاع لكنه حاضر فى البلد هل يجعل بترك الاشهاد قبل الانتهاء اليه مقصراً وجهان جاريان فيما إذا كان غائباً عن البلد وترك الاشهاد قبل الانتهاء إلى القاضى المفهوم منهما فى الوجيز أنه غير مقصر ولو لم يقدر على الاشهاد فى حال حضور البائع فى البلد أو غيبته عنها فلا تقصير إلا باهمال طلب البائع أو القاضى وهل يكون طلب القاضى تقصيراً فى حال حضور البائع فى البلد وتيسر طلبه قبل طلب القاضى فيه الوجهان عن القفال

[1] بياض بالاصل

الباب الثانى فى أحكامها

قال ﴿ وحكمها وجوب كل عمل يتكرر فى كل سنة وتحتاج اليه الثمار من السقى والتقليب وتنقية الآبار (و) والانهار وتنحية الحشيش المضر والقضبان وتصريف الجريد وتسوية الجرين وورد الثمار اليه * ومالا يتكرر فى كل سنة ويعد من الأصول فهو على المالك كحفر الآبار والانهار الجديدة وبناء الحيطان ونصب الدولاب وأمثاله * وفى أجرة الناطور وجذاذ الثمرة وردم ثلمة يسيرة فى طرف الجدار خلاف ﴾ *

وغيره ومع ذلك لا يتوجه على الغزالى ما ذكرته فى الكفاية وذكره الرافعى فيما يظنه فليتأمل (قلت) وملخص ذلك أنه ان حضر البائع مجلس الاطلاع رد جزماً وان حضر البائع مجلس الاطلاع فكذلك لا على ما يفهمه كلام القاضى حسين من النقل عن القفال وان لم يحضر أحد منهما مجلس الاطلاع وحضر فى البلد فعلى ما قاله الرافعى واقتضى كلام الامام فى الشفعة أنه يكون مخيراً بين البائع والحاكم وقال ابن الرفعة انه فى هذه الصورة الوجهان عن القفال وغيره يعني فيكون التخيير على رأى القفال خاصة وعامة الأصحاب على خلافه وليس بصحيح لأنه قد وافق عند تأويل كلام الامام والغزالى فى الشفعة أن الرفع إلى الحاكم أحوط فهذه مناقشة فى كلام ابن الرفعة وأيضا مناقشة ثانية وهى أن كلام الغزالى فى الوسيط جعل الحضور إلى القاضى عند العجز عن الشهود وذلك يوهم الاكتفاء بالشهود ولم يقل به أحد من الأصحاب فيما علمته عند القدرة على القاضى أو البائع ومناقشة ثالثة وهى أن ماذكره لا يدفع اعتراض الرافعى فى قوله لم يسع إلى القاضى ولا يسعى الى البائع كما يقتضيه كلام الغزالى (وقوله) ان حضور مجلس الحكم قد يكون أسهل من إحضار الشهود فيكون الحضور إلى القاضى مشروطا بالعجز عن الشهود كما يقتضيه كلام الغزالى بعيد ما ادعاه ابن الرفعه من إرادة حضور مجلس الحكم صحيح ولكن لا يدفع سؤال الشافعى رحمه الله فقد ظهر أن اشكال كلام الغزالى باق بحاله فان اتضح بعض مراده وتلخيص الحكم على الصحيح الذى تحصل من كلام الرافعى وغيره وفى كل من الحالتين يجب الاشهاد اذا تيسر قبل الانتهاء إلى البائع أو الحاكم على الاصح ولا يجب التلفظ بالفسخ قبله على الاصح وتلخيصه بأيسر من هذا على الصحيح وسأفرد للكلام فى ذلك فرعاً ولك أن تعبر بعبارة مختصرة نقول تجب المبادرة إلى البائع أو الحاكم فان مر فى طريقه إلى أحدهما بالآخر ولقى شهوداً وجب اشهادهم قبل ذلك فى الاصح واذا أردت تمييز المراتب فاعلم أن الرتبة (الأولى) أن يحضر مع الحاكم فى مجلس الاطلاع فيبادر ولا يؤخر قطعاً على ما قاله ابن الرفعة واقتضاه كلام الامام (الثانية)

غرض الفصل بيان ما يجب على عامل المساقاة من الأعمال وما لا يجب وكل عمل تحتاج اليه الثمار لزيادتها أو اصلاحها و يتكرر كل سنة فهو على العامل وانما اعتبر التكرار كل سنة لأن ما لا يتكرر كل سنة يبقى أثره وفائدته بعد ارتفاع المساقاة وتكليف العامل مثل ذلك أجحاف به فمن هذا القبيل السقي وما يتبعه من اصلاح طريق الماء والأجاجين التى يقف فيها الماء وتنقية الآبار والانهار من الحمأة ونحوها وادارة الدولاب وفتح رأس الساقية وسدها عند السقى على ما يقتضيه الحال وفى تنقية النهر وجهان آخران (أحدهما) أنها على المالك كحفر أصل النهر (والثانى) عن أبى اسحق المروزى أنها على من شرطت عليه من المتعاقدين فان لم يذكراها فسد العقد وعنه تطييب الارض

أن يحضر البائع مجلس الاطلاع فكذلك لا على ما يقتضيه نقل القاضي حسين عن القفال أنه له التأخير إلى حضورمجلس الحكم حذراً من إنكار البائع (الثالثة) حضور الشهود مجلس الاطلاع فلا يعذر فى التأخير لامكان الاثبات بهم ولم أر تصريحا بنقلها إلا ماتقدم من اطلاق أنه يجب الاشهاد قبل الانتهاء الى الحاكم والبائع ان أمكن على الاصح ومقتضى ذلك أن يأتى ذلك الوجه هنا أيضا وقد قدمت ما فيه فني هذه الصور الثلاث متى أخر عن مجلس الاطلاع بطل حقه إما جزما أو على الاصح وظاهر هذا الاطلاق يقتضى أنه لا فرق بين أن يكون الحاكم أبعد من البائع أو أقرب وقد يقال ينبغي أنه إذا كان يمر فى مضيه إلى أحدهما بالآخر يعذر كما لو كان معه فى مجلس الاطلاع فلا يعذر فى التأخير عنه إلى أن ينتهي إلى الآخر وقد قدمت ذلك أيضاً وسنعيد الكلام فيه (الخامسة) أن يكون الموجود فى البلد واحداً منهما اما الحاكم أو البائع فلا شك فى تعينه (السادسة) إذا لم يكن واحد منهما فى البلد تعين الاشهاد (السابعة) إذا كان الشهود فى البلد وتيسر الاجتماع بهم قبل البائع أو الحاكم فيجب الاشهاد على الصحيح وقال الغزالي فى الشفعة ان المذهب أنه لايجب (الثامنة) إذا كان الشهود فى البلد ولا تيسر بهم الاجتماع قبل البائع أو الحاكم فلا يجب المضي اليهم جزماً (التاسعة) إذا كان الشهود فى البلد تيسر الاجتماع بهم قبل البائع أو الحاكم فيجب الاشهاد على الأصح ولا يكفى جزماً (العاشرة) إذا لم يكن فى البلد شيء من الثلاثة فهل يجب أن يتلفظ بالفسخ يأتي فيه الوجهان المذكوران في كلام الرافعى فى حالة العجز عن الاشهاد الأصح عدم الوجوب *

﴿ فرع ﴾ إذا رفع الأمر إلى الحاكم عند غيبة الخصم على ماتقدم فكيف يدعى قال القاضي حسين فى فتاويه يدعى شراء ذلك الشيء من فلان الغائب بثمن معلوم وأنه أقبضه الثمن ثم ظهر العيب وأنه فسخ البيع ويقيم البينة على ذلك فى وجه مسخر ينصبه القاضي ويحلفه القاضي مع البينة لأنه قضاء على الغائب ثم يأخذ المبيع منه ويضعه على يد عدل والثمن يبقى ديناً على الغائب فيقبضه القاضي من

بالمساحي وتكريتها فى المزارعة قال فى التتمة وكذا تقويتها بالزبل رذلك بحسب العادة ومنها التلقيح والطلع الذى يلقح به على المالك لأنه عين مال وانما يكلف العامل العمل ومنه تنحية الحشيش المضر والقضبان المضرة بالشجر وذكر الشافعى رضى الله عنه تصريف الجريد والجريد سعف النخل وحاصل ماقاله الازهرى وغيره فى تصريف الجريد شيئان (أحدهما) قطع مايضر تركه يابساً وغير يابس (والثاني) ردها عن وجوه العناقيد وتسوية العناقيد بينها لتصيبها الشمس وليتيسر قطعها عند الادراك ومنه تعريش الكرم حيث جرت العادة به قال فى التتمة ووضع الحشيش فوق العناقيد صونا لها عن الشمس عند الحاجة وفى حفظ الثمار وجهان (أظهرهما)وهو الذى ذكره ابن الصباغ وغيره أنه على

ماله فان لم يجد له سوى المبيع باعه لقضاء دينه هكذا قاله القاضي ونقله الرافعي عنه وقوله في الدعوى انه فسخ البيع إنما ذكره القاضي تفريعاً على رأيه في أنه لايؤخر الفسخ حتى يحضر إلى الحاكم بل يفسخ عند الشهود أو وحده وأما على الأصح أنه لايجب عليه التلفظ بالفسخ إذا لم يوجد الشهود وحضر عند الحاكم على ذلك فانه ينشىء الفسخ عنده وتكون الدعوى التي تقيم البينة عليها بالشراء وقبض الثمن وظهور العيب فقط وقوله ينصب مسخراً تفريع على رأيه أيضاً في الاحتياج اليه في الدعاوى والأصح عند غيره أنه لايلزم القاضي نصب المسخر وتحليفه بعد البينة على الأصح من المذهب في الدعوى على الغائب وقيل يستحب وقوله يقضيه القاضي من ماله يشمل النقد وغيره وهو في النقد ظاهر وأما غير النقد فيحتمل أن يقال انه مثل المبيع فيتخير القاضي في بيع ماشاء منهما ويحتمل أن يقال انه يتعين بيع المبيع لأنه أقرب إلى مقصود البائع فان عجز باع من غيره ليكمله قال ابن الرفعة وهو الذي يظهر وليس كما قال لأنه ليس للبائع غرض في أخذ الثمن من المبيع دون غيره بل هو وغيره سواء فينبغي أن يحمل كلام القاضي على ذلك ولا يحمل على ماله سوى المبيع لأنه لايتعين في ذلك والله تعالى أعلم *

﴿ فرع ﴾ فأما إذا رفع إلى القاضي في حال حضور الخصم في البلد على ماتقدم أنه مخير أو كان عند الحاكم في مجلس الاطلاع على العيب وقد تقدم أن المعتبر حينئذ المبادرة إلى الحاكم جزماً فالظاهر أنه لافائدة في ذلك إلا اعلام الحاكم بالفسخ وطلب غريمه ليدعي عليه وحينئذ فالاكتفاء بذلك عند الاشهاد مستمر على الصحيح أن القاضي يقضي بعلمه أما إذا منعنا من القضاء بالعلم فلا يفيده أخبار الحاكم بذلك وحده قبل مجيء الغريم وإذا جاء الغريم لايمكنه أن يقول انه الان كما اطلع على العيب ليقدم اعترافه عند الحاكم ولا يقبل قوله في قوله الفسخ في ذلك الوقت ولا يمكن الحاكم أن يحكم له به تفريعاً على منع الحكم بالعلم فيقف وهذا يحسن أن يكون مأخذ التقديم الاشهاد

العامل كما أن حفظ المال في المضاربة على العامل فان لم يحفظ بنفسه فعليه مؤنة من يحفظ وقياسها أنه على المالك والعامل جميعاً بحسب اشتراكهما في الثمرة وهذا لان الذي يجب على العامل مايتعلق باستزادة الثمار وتنميتها ويجرى الوجهان في حفظ الثمار عن الطيور والزنابير بان يجعل كل عنقود في قوصرة فيلزمه ذلك على الأظهر عند جريان العادة والقوصرة على المالك وفي جذاذ الثمار وجهان (أحدهما) أنها لاتجب على العامل لوقوعه بعد كمال الثمار (وأصحهما) الوجوب لان الصلاح به يحصل وهذا ما أورده الاكثرون وعن الرقم طرد الوجهين في تجفيف الثمار والظاهر وجوبه إذا اضطردت العادة به أو شرطاه وإذا وجب التجفيف وجب تهيئة موضع التجفيف وتسويته ويسمى البيدر والجرين

وأنه لا يرفع إلى الحاكم عند العجز على الاشهاد على مااقتضاه كلام الوسيط لكن ذلك يقتضي تقديمه على النهوض إلى البائع أيضا وقد عرف بما ذكرته من علم الحاكم بتقدم علمه بالعيب وعدم انتفاعه بعلمه بالفسخ والله أعلم *

﴿ فرع ﴾ الخصم الذي يرد عليه علي وجه التعين أو التخير بينه و بين الحاكم من هو كلام المصنف ساكت عن ذلك و إطلاق كلام الغزالي والرافعي أنه البائع وذلك يقتضي أنه لا فرق بين أن يكون عقد لنفسه أو لغيره قال ابن الرفعة وفي الثانية نظر (إذا قلنا) لا عهدة تتعلق بالوكيل وعلى كل حال فله الرد على الموكل (قلت) والكلام في العهدة معروف في موضعه فلذلك حسن الاطلاق ههنا محالا على البيان ثم وقد صرح الرافعي في آخر هذا الباب بأن له الرد على الوكيل وعلى الوصي يعني إذا باشر الوصي أو الوكيل العقد وقد مر ذلك فيما إذا أوصي اليه بيبيع عبده وشراء جارية بثمنه واعتاقها ففعل ثم وجد المشتري عيبا بالعبد قال الوصي يبيع العبد المردود ويدفع الثمن الى المشتري قال ولو فرض الرد بالعيب على الوكيل فهل للوكيل بيعه ثانيا فيه وجهان (أحدهما) و به قال أبو حنيفة رحمه الله كالوصي ليتم البيع على وجه لا يرد عليه (وأصحهما) لا لأنه امتثل المأمور وهذا ملك جديد فيحتاج الى إذن جديد ويخالف الايصاء فانه تولية وتفويض ولو وكله بأن يبيع بشرط الخيار للمشتري (فان قلنا) ملك البائع لم يزل فله بيعه ثانيا (وان قلنا) زال وعاد فهو كالرد بالعبد ثم إذا باعه الوصي ثانيا فان باعه بأقل من الثمن الأول فالنقصان على الوصي أو في ذمة للموصي فيه وجهان (أصحهما) الأول و به قال ابن الحداد وعلى هذا لو مات العبد في يده كما رد غرم جميع الثمن ولو باعه بأكثر من الثمن الأول انه لزيادة قيمة أو راغب دفع قدر الثمن للمشتري والباقي للوارث وان لم يكن كذلك فقد بان بطلان البيع الأول للعين ويقع عتق الجارية عن الوصي إن اشتراها في الذمة وان اشتراها بعين ثمن العبد لم ينفذ الشراء

ونقل الثمار اليه وتقليبها في الشمس من وجه إلى وجه وأما مالا يتكرر كل سنة ويقصد به حفظ الأصول فهو من وظيفة المالك وذلك كحفر الأنهار والآبار الجديدة والتي انهارت بها الحيطان ونصب الأبواب والدولاب ونحوها وردم الثلم اليسيرة التي تتفق في الجدران فيه وجهان كما في تنقية الانهار والاشبه اتباع العرف وكذلك في وضع الشوك على رؤس الجدران وجهان والآلات التي يوفى بها العمل كالفأس والمعول والمنجل والمسحاة والثيران والفدان في المزارعة والثور الذي يدير الدولاب على المالك وفيه وجه أنها علي من شرط المتعاقدين ولا يجوز السكوت عنها وهذا ما أورده أبو الفرج السرخسي في الأمالي ويحكى عن أبي اسحق وخراج الارض الخراجية على المالك وكذلك كل عين تتلف في العمل بلا خلاف وكل مايجب على العامل يجوز له استئجار المالك عليه ويجيء فيه وجه آخر ولو شرط على

ولا الاعتاق وعليه شراء جارية أخرى واعتاقها بهذا الثمن على للوصى هكذا أطلقه الأصحاب ولابد فيه من تقييد لأن بيعه بالعين وتسليمه عن علمه بالحال حكاية ينعزل بها ولا يتمكن من شراء جارية أخرى هكذا قال الرافعى قال النووى الصورة مفروضة فيمن لم يعلم (وأما) قول ابن الرفعة على كل حال له الرد على للوكل يوهم أن ذلك بلا خلاف وليس كذلك بل الخلاف فى العهدة فيهما جميعاً فالصحيح مطالبتهما جميعا الوكيل والموكل وقيل الوكيل دون الموكل وقيل الموكل دون الوكيل والكلام هنا فى المردود عليه فظهر أنه كذلك وقد ذكره فى التحالف وذكروا خلافا فيه وفى ولى المحجور عليه إذا باشر العقد فأما الوكيل فلا شك فى اتجاه رد الاتلاف هنا كما قلنا من العهدة (وأما) ولى المحجور ففيه الجزم بالرد عليه والا فكيف الخلاص من رفع الجزم بالرد عليه الى الظلامة وكذلك القاضى ونائبه فى مال اليتيم (وأما) الوارث فانه يرد عليه وقد جزم أصحابنا بجريان التحالف معه (وأما) الرد بالعيب هنا فقد ذكر الرافعى ما تقدم وقد ذكر الشيخ أبو حامد وابن الصباغ وصاحب البحر للمسألة أيضا وأنه يرد على الوكيل أى جوازاً وهي من للسائل التى فرعها ابن سريج على الجامع الصغير لمحمد ابن الحسن والأصل فيها أن السلعة متى عادت الى الوكيل بغير اختياره فله ردها علي للوكل ومتى عادت اليه باختياره فلا فان ردت عليه بعيب فان كان بعيب لايحدث مثله فالوكيل يرده على الموكل وان لم يمكن تقدمه على القبض فقبله الوكيل لم يكن له رده على للوكل وان احتمل فان أقام المشترى بينة القول قول الوكيل فان حلف سقط الرد والا ردت على للشترى فان حلف ورد على الوكيل لم يرد على للوكل كما لو صدقه وقال القاضي الطبرى إن قلنا رد الثمن بمنزلة البينة له رده علي الموكل قال الرويانى وفيه نظر عندى يعنى لأنها لاتتعدى إلى ثالث *

(فرع) الاشهاد الواجب أطلقه الرافعى وغيره وقال الغزالى يشهد اثنين قال ابن الرفعة وذلك

المالك فى العقد بطل العقد وكذلك ما يجب على المالك لو شرط علي العامل بطل العقد ولو فعله العامل بغير إذن لم يستحق شيئاً وإن فعل باذن المالك استحق الاجرة * واعلم أن جميع ماذكرناه مبني على الصحيح فى أن تفصيل الاعمال لايجب فى العقد فان أوجبناه فالمتبع الشرط إلا أنه لايجوز أن يكون الشرط مغيراً وضع العقد هذا فقه الفصل وأما ما يتعلق بالكتاب خاصة فليعلم قوله وتنقية الآبار والأنهار - بالواو - واعترض من شرح هذا الكتاب فى موضعين من الفصل (أحدهما) أن لفظ الكتاب وتصريف الجرين ورد الثمار اليه والشافعى رضى الله عنه إنما ذكر تصريف الجريد بالدال قال والصواب أن يكتب وتصريف الجريد وتسوية الجرين و رد الثمار اليه (والثانى) أنه جعل الجذاذ من المختلف فيه وأنه علي العامل بالاتفاق فلك أن تقول (أما الثانى) فدعوى الاتفاق وهم والوجهان

على سبيل الاحتياط لأن الواحد مع اليمين كاف والأمر كما قال *

﴿ فرع ﴾ تقدم أنه إذا كان الخصم غائباً من البلد يرفع الأمر إلى مجلس الحكم والغيبة المذكورة لاشك أنه يكفى فيها مسافة القصر وهل تكفي مسافة العدوى قال ابن الرفعة يشبه أن يكون فيها الخلاف فى الاستعداء وقبول شهادة الفرع وكتاب القاضى إلى القاضي والدعاء لأداء الشهادة قال وقد يقال غيبته عن البلد وإن قلت المسافة كالغيبة البعيدة كما ذكر وجه فى بعض الصور السالفة لأن فى تكاليف الخروج عنها مشقة لاتليق بما نحن فيه قال وهذا مايفهم كلام الرافعى الجزم به (قلت) والجزم بذلك هو الظاهر وإن كان كلام الرافعى لايقتضيه إلا باطلاق الغيبة فان جزم الأصحاب فيما تقدم بأن عند حضور الحاكم مجلس الاطلاع تجب المبادرة اليه يبعد معه أن يكون الحاكم حاضراً فى البلد فيجوز تركه والمضى إلى البائع في دون مسافة القصر أو مسافة العدوى فينبغى أن يعتبر مطلق الغيبة إلا أن يكون موضع البائع خارج البلد أو أقرب من موضع الحاكم فى البلد ففيه نظر *

﴿ فرع ﴾ تقدم من كلام الرافعى أنه مخير بين البائع والحاكم وهذا باطلاقه يقتضى أنه يجد أحدهما ويعدل عنه إلى الآخر لاسيما قول الرافعى انه إن ترك البائع ورفع إلى الحاكم فهو زيادة تأكيد فانه دل على هذا المعنى لكن هذا يرده تصريحهم متي كان الحاكم فى مجلس الاطلاع لايجوز التأخر للبائع وبالعكس فيتعين حمل هذه العبارة على ماسوى هذه الصورة وأنه إنما يجوز له الذهاب إلى الآخر إذا لم يتفق له لقاء الآخر قبله ثم بعد ذلك قد يكون موضع الحاكم والبائع متساويين فى القرب والبعد فيظهر التخيير وقد يكون أحدهما أقرب من غير أن يمر به بأن يكونا فى جهتين فهل نوجب المضى إلى الأقرب منهما أو يكون التخيير مستمراً اطلاق كلامهم يدل على الثاني وهذا الفرع هو الذي وعدت به ولأجل مافيه قلت فيما تقدم انه إذا مر فى طريقه بأحدهما لا يعذر فى مجاوزته إلى الآخر *

مسطوران فى المهذب والتهذيب والرقم وغيرها (وأما الأول) فقد عرفت أن التجفيف قد يحوج إلى تسوية الجرين وحمل التصريف على التسوية ليس يبعد فاذن لاضرورة إلى تغيير نظم الكتاب وغايته أن يكون تصريف الجريد مسكوتا عنه على أن قوله وتنحية الحشيش المضر والقضبان مايفيد بعض معناه وقوله وفى أجرة الناظور المراد منه مؤنة الحفظ والناظر والناظور حافظ الكروم والجمع النواظر ذكر أن النظرة هى الحفظ بالعين وقد يقال ناطور بالطاء غير المعجمة *

قال ﴿ وإذا هرب العامل قبل تمام العمل استقرض القاضى عليه أو استأجر من يعمل عليه * فان عمل المالك بنفسه سلم الثمار للعامل وكان هو متبرعا * وكذا لو استأجر عليه إذ ليس له أن

﴿ فرع ﴾ وروى محمد بن سيرين قال ابتاع عبد الرحمن بن عوف جارية فقيل له إن لها زوجاً فأرسل إلى زوجها فقال له طلقها فأبى فجعل له مائتين فأبى فجعل له خمسمائة فأبي فأرسل إلى مولاها أنه قد أبى أن يطلق فاقبلوا جاريتكم تمسك بعض الناس بهذا الأثر والمدعى أنه لامخالف له من الصحابة وهو محتمل لأن يكون عبد الرحمن لايرى الخيار على الفور أو أنه لايبطل بمثل هذا التأخير وليس فى الأثر أنه رد جبراً فيحتمل أن مالكها رضى بردها وإن سقط بالتأخير فيكون إقالة وكل منها مخالف للمذهب *

﴿ فرع ﴾ محل الذى تقدم من وجوب الفور فى شراء الأعيان أما الموصوف المقبوض اذا وجد معيباً (فان قلنا) انه يملكه بالرضا فلا شك ان الرد ليس على الفور (وإن قلنا) يملك بالقبض فيجوز أن يقال على الفور والأوجه المنع لأنه ليس معقوداً عليه قاله الامام ونقله الرافعى عنه فى باب الكتابة والله أعلم * قال المصنف رحمه الله تعالى *

﴿ فان كان المبيع دابة فساقها ليردها فركبها فى الطريق أو علفها أوسقاها لم يسقط حقه من الرد لانه لم يرض بالعيب ولم يوجد منه أكثر من الركوب والعلف والسقى وذلك حق له إلى أن يرد فلم يمنع الرد ﴾ *

﴿ الشرح ﴾ الانتفاع بالمبيع قبل العلم بالبيع إن لزم منه تأخير أو دفع فى زمن لو سكت فيه أبطل خياره فلا شك فى بطلان الرد لما تقدم فى اشتراط المبادرة فينبغى أن يستحضر أن جميع ما ذكره هنا المراد منه أن يكون مع المبادرة فى مدة طلب الخصم والقاضى وحينئذ أقول هذا الذى ذكره المصنف رحمه الله فى الركوب والعلف والسقى نقل الشيخ أبو حامد والمحاملى فى التجريد أن ابن سريج فرعه فى جملة مسائل فى الرد بالعيب على الجامع الصغير لمحمد بن الحسن وذكره هكذا كما ذكره المصنف رحمه الله حكماً وتعليلا وقال إن الذى يمنع من الرد أحد أمرين حدوث نقص بالمبيع أو ترك

يحكم لنفسه * ولو عجز عن الحاكم فكمثل (و) إن لم يشهد على الاستئجار * وإن أشهد فوجهان * ثم له أن يفسخ العقد إذا عجز ويسلم إلى العامل أجرة مثل ماعمل قبل الهرب * فان تبرع أجنبي بالعمل فله أن يفسخ إذ قد لايرضى بدخوله ملكه * وإن عمل الأجنبي قبل أن يشعر به المالك سلم الثمار للعامل وكان الأجنبي متبرعا عليه لا على المالك ﴾ *

نصدر المسألة بقول جلى وهو أن بناء هذا الفصل والذى يليه على أن المساقاة لازمة على مامر لا كالقراض ثم نقول إذا هرب العامل قبل تمام العمل ينظر إن تبرع المالك بالعمل أو بمؤنته بقى استحقاق العامل بحاله وإلا رفع الأمر إلى الحاكم وأثبت عنده المساقاة لينفذ فى طلبه فان وجده أجبره

الرد مع القدرة عليه ولم أر هذه المسألة فى تعليق أبى الطيب وذلك مما قد يرجح أن المهذب من تعليق أبى حامد وممن وافق المصنف علي هذا الحكم ابن الصباغ فى الشامل والجرجانى فى الشافى واختاره الرويانى فى الحلية وقال ابن الصباغ قال أصحابنا كذلك إذا حلبها فى طريقه لأن اللبن له فاذا استوفاه فى حال الرد جاز كمنافعها وهذا تصريح بجواز استيفاء المنافع فى حال الرد بالنقل عن الأصحاب وممن وافق على نقل ذلك عن الأصحاب الرويانى فى البحر ونقل عن والده أنه قال على قياس هذا لو كانت ثيباً فوطئها وهو حامل لها ينبغى أن لا يبطل حق الرد ومراده بأنه حامل لها حتى لا يحصل بالوطء تأخير فلو فرض ذلك فى وقت لا يمكن المسير فيه كالليل فالظاهر أنه يضطر وذلك فيه ولذلك اطلق الرافعى الحكاية عنه أنه يجوز وطء الثيب وصرح الجرجانى مع موافقته للمصنف بأنه لا يجوز وطء الجارية ولا لبس الثوب وهذا هو الصحيح لأن ذلك يدل على الرضا وافهم كلام صاحب الشامل أن المبطل للرد الاشتغال بما يدل على الرضا وهذا الذى قاله المصنف وابن الصباغ والرويانى وما اقتضاه كلامهم من جواز كل الانتفاعات نقل الرافعى عن الرويانى خاصة وذهب هو وكثير من الأصحاب الذين وقفت على كلامهم إلى خلافه وها أنا أذكر ما ذكروه (فأقول) الذى قاله ابن القاص فى التلخيص والمفتاح والماوردى والفورانى والقاضى حسين والمتولى والامام الغزالى والبغوى وأبو الحسن بن خيران فى اللطيف والخوارزمى فى الكافي والرافعى والنووى نه يشترط فى الرد بالعيب مع المبادرة اليه ان لا يستعمل المبيع بعد علمه بعيبه فان استعمله وكان رقيقاً واستخدمه أو داراً فسكنها بطل حقه من الرد والأرش معاً لأن الاستعمال ينافى الرد واختلفوا فيما إذا كان يسيراً جرت العادة بمثله فى غير ملكه كقوله استقنى أو ناولنى الثوب أو اغلق الباب ففى هذا وما جرى مجراه وجه جزم به الماوردى والرويانى فى البحر أنه لا أثر له ونقله الرافعى عن غير الماوردى أيضاً والذى قاله القاضى حسين والامام وقال الرافعى ان الاشهر انه لا فرق وتابعه النووى فى الروضة وقال إنه الأصح الأشهر ونقل عن القفال

على العمل والا استأجر عليه من يعمل ومن يستأجر إن كان العامل مال فمنه والا فان كان بعد بدو الصلاح باع نصيب العامل كله أو بعضه بحسب الحاجة من المالك أو من غيره واستأجر بثمنه وان كان قبل بدو الصلاح اما قبل خروج الثمرة أو بعده استقرض عليه من المالك أو من أجنبي أو من بيت المال واستأجر به ثم يقضيه العامل إذا رجع أو يقضى من نصيبه من الثمرة بعد بدو الصلاح أو الادراك ولو وجد من يستأجره بأجرة مؤجلة توفى بالاجرة استغني عن الاستقراض وحصل الغرض وان عمل المالك بنفسه أو أنفق عليه ايرجع نظر ان قدر على مراجعة الحاكم فلم يفعل فهو متبرع لا رجوع له وان لم يقدر فان لم يشهد عليه لم يرجع أيضاً الا أن لا يمكنه الاشهاد ففيه وجهان وربما

فى شرح التلخيص أنه لو جاءه العبد بكوز ماء فأخذ الكوز منه لم يضر لأن وضع الكوز فى يده كوضعه على الأرض فان شرب ورد الكوز اليه فهو استعمال أما إذا كانت دابة فركبها فان ركبها لا للرد بطل حقه وان ركبها للرد أو السقى فان كانت جوحا يعسر سوقها وقودها فهو معذور فى الركوب وإن لم تكن جوحا ولكنه ركبها فى الطريق وهى مسألة الكتاب ففيه وجهان (أصحهما) على ما ذكره الرافعي والنووى البطلان لأنه انتفاع لم تجر العادة به فى غير ملكه إلا باذن المالك (والثانى) وهو ماقطع به فى الكتاب ونسبه الماوردى إلى ابن سريج وصححه ابن أبي عصرون واختاره الرويانى فى الحلية لايسقط حقه ويستدل له للماوردى وغيره بأن الركوب أعجل له فى الرد وأصلح للدابة من القود قال ولكن لو كان ثوبا فلبسه ليرده لم يجز وكان هذا اللبس مانعا من الرد لان العادة لم تجر به ولانه لامصلحة للثوب فى لبسه وجعل الرافعى هذه المسألة دليلا على الاصح عنده فى مسألة الركوب ولكن ماذكره للماوردى من اعتبار العادة والمصلحة فارق ولو كان لابسا للثوب فاطلع على عيبه فى الطريق فتوجه ليرده لم ينزع فهو معذور لان نزع الثوب فى الطريق لايعتاد قاله الماوردى ونقله الرافعى عنه ولو ركب الدابة للانتفاع فاطلع على عيبها لم يجز استدامة الركوب و إن توجه للرد على ماهو الاصح عند الرافعي ولو كان حمل عليها سرجا أو اكافا ثم اطلع على العيب فتركهما عليها بطل حقه لانه استعمال وانتفاع قاله الرافعى تبعا لصاحب التلخيص قال الرافعى ولولا ذلك لاحتاج إلى حمل أو تحميل أى فتركهما يوفر عليه كلفة الحمل والتحمل فهى انتفاع فيمنع منه قال ابن الرفعة ويشبه أن يكون هذا إذا لم يحصل بنزعه ضرر بالدابة فاذا حصل أو خيف منه كما إذا كانت عرقت وخيف من نزعه أن تهوى فلا يكون نزعه فى هذه الحالة تقصيرا إذ هو بعينها فيكون مانعا من الرد (قلت) وهو كذلك بل يشف بنفسه فى هذه الحالة كذلك إلى أن يجف العرق ويكون نزعة من مصلحتها قال الرافعى ويعذر بترك العذار واللجام لانهما خفيفان لايعد تعليقهما على الدابة انتفاعا ولان القود يعسر دونهما

حكى وجه مطلق أنه يرجع فان أشهد فأصح القولين أنه يرجع للضرورة (والثانى) لايرجع والا صار حاكما لنفسه على غيره وننبه ههنا لفائدتين (احداهما) الوجهان فى الرجوع اذا لم يمكنه الاشهاد قريبان من الوجهين فيما اذا أشهد للعجز عن الحاكم للعذر والضرورة لكن الذى رجحه الجمهور انه اذا لم يشهد لايرجع من غير فرق بين الامكان وعدم الامكان ويجوز ان يكون سببه ان عدم امكان الاشهاد نادر لايعتد به (والثانية) الاشهاد المعتبر أن يشهد على العمل أو الاستئجار وانه بذل ذلك بشرط الرجوع وأما الاشهاد على ذلك من غير التعرض للرجوع فهو كترك الاشهاد قاله فى الشامل و إذا أنفق المالك باذن الحاكم ليرجع فيه وجهان (وجه المنع) انه متهم فى حق نفسه فالطريق أن

وهذا المعنى يقتضى جواز تعليقهما ابتداء فى مدة طلب الخصم وهو كذلك ولو أنعلها فى الطريق قال أبو حامد إن كانت تمشى بلا نعل بطل حقه والا فلا ولو كان انعلها ثم اطلع على عيب فنزعه بطل خياره قاله صاحب التلخيص تخريجاً وعلله البغوى لان نزعه يعيب الدابة بالنقب الذى يبقى قال فان كانت النقة موجودة عند البائع فانعلها المشترى فالنزع لايبطل حقه من الرد فتلخص من هذا أن اللجام والعذار والرسن يجوز تركه ونزعه والنعل لايجوز نزعه إلا فى الصورة التى استثناها البغوى فكاللجام يجوز تركه ونزعه والاكاف لايجوز تركه فهذا ماذكره هؤلاء الأئمة رضى الله عنهم ونقل صاحب التتمة عن أبى حنيفة جواز الاستخدام ورد عليه ونقل القاضى حسين وغيره أن الشافعى رحمه الله نص على أنه لو كانت دابة فركبها بطل حق الفسخ وقال أبو العباس إنما أراد به إذا ركبها استعمالا فاذا ركبها ليسقيها ويردها على المالك أو كانت جموحا لاتسير بنفسها لم يبطل حقه من الفسخ وإن كانت ذلولا لاتحتاج فى سيرها إلى الركوب بطل حقه من الفسخ كما لو قصد به الانتفاع بركوبها وهذا النقل عن الشافعى باطلاقه وعن ابن سريج بتفصيله مخالف ماذكر المصنف رحمه الله من جواز الركوب مخالف لما نقله الماوردى عن ابن سريج فيما تقدم قال ابن الرفعة ولعل عنه وجهان أو أن هذا من تأويله للنص فيكون مذهباً للشافعى رحمه الله عنده وذاك من تخريجه فيماذكره المصنف حينئذ وجزم مخالف لما قاله هؤلاء الأئمة ومخالف لما نسبوه إلى نص الشافعى ولولا هذا النص الذى نقلوه لكنت أرجح ماذكره المصنف لموافقة ابن الصباغ والجرجانى له لاسيما نقل ابن الصباغ عن الأصحاب واستدلوا له بأنها لو ولدت فى هذه الحالة كان الولد للمشترى لبقاء ملكه ولعل طريقة العراقيين كما قاله المصنف فان القائلين بخلافه أكثرهم من الخراسانيين وأصلهم القاضى حسين والفورانى ولم أر من وافقهم من غيرهم إلا صاحب التلخيص فيه وفى المفتاح وابن خيران الأخير على أن أبا الخير بن جماعة المقدسى شارح المفتاح ذكر فيه أن ركوب الدابة فى الطريق لا يبطل حقه

يسلم المال إلى الحاكم ليأمر غيره بالانفاق ولو استأجره لباقى العمل ففيه وجهان أيضاً بناء على مالو أجر داره ثم أكراها من المكترى ومتى تعذر اتمام العمل بالاستقراض تمم بغيره فان لم تخرج الثمرة بعد فللمالك فسخ العقد وعن ابن أبى هريرة أنه لايفسخ ولكن يطالب الحاكم من يساقى عن العامل فربما يفضل له شىء والمذهب الأول لأنه تعذر استيفاء المعقود عليه فأشبه ما إذا أبق العبد المبيع قبل القبض فان خرجت الثمرة فهى مشتركة فان بدا الصلاح فيها بيع نصيب العامل كله أو بعضه بقدر مايستأجر به من يعمل وإن لم يبد الصلاح وقد تعذر بيع بعضه أو كله لأن شرط القطع فى الشائع لايغنى فأما أن يبيع المالك نصيبه معه يشترط القطع فى الكل وأما أن يشترى المالك نصيبه فيجوز

كما ذكره المصنف وبالجملة فالمعول عليه فى ذلك كما قاله الامام والغزالى العرف فينبغى أن لا يحكم على شيء من الاستعمالات بقطع الخيار إلا إذا دل دلالة ظاهرة على الرضا كالوطء ولبس الثوب والقرض على البيع وشبهه أما مالا يدل عليه أو يتردد فيه فينبغى أن نستلزم معه أصل الخيار ولا نحكم بالرضا بغير مايدل عليه فان خيار الرد ثبت قطعاً والمبادرة حصلت والذى قارنها من الاستعمالات لا يدل على الرضا لأن فرض المسألة كذلك فالحكم بالرضا إذ ذاك يكون حكماً بغير دليل وهذا كله إذا قلنا لا يجب التلفظ بالفسخ حالة الاطلاع على العيب أما إذا أوجبناه لا تأتي المسألة لأنه إن تلفظ به لم يجز الاستعمال بعد ذلك بخروجه عن ملكه وان لم يتلفظ به بطل الرد بالتأخير ولما كان القاضى حسين يرى وجوب المبادرة إلى التلفظ بالفسخ لا جرم هو من القائلين بأن الاستعمال والاستخدام يبطل الرد والابطال عنده فى الحقيقة هو التأخير لا خصوص الاستعمال فيجب التنبه لذلك فان القاضى حسين رأس الخراسانيين وقال ذلك على رأيه والصحيح خلافه وان التلفظ بالفسخ غير واجب والملك للمشترى باق فى زمن الرد فلا وجه لمنعه من تصرف لا يدل على الرضا وهذا كله فى مسألة الركوب ونحوها والقائلون بأن الركوب مبطل يقولون انه لو كان راكباً فاطلع على العيب ينزل على الفور فلو استدام بطل حقه لان استدامة الركوب ركوب (أما) العلف والسقى فلا يضر هكذا جزموا به ولا أظنه يجيء فيه خلاف لان ذلك مصلحة خالصة للدابة لكن تعليل المصنف بأن ذلك حق له إلى أن يردها يقتضى التفرقة بين ذلك و بين الركوب (وأما) مسألة الحلب فكذلك جزموا بها ونسبها بعض المصنفين إلى بعض الاصحاب و ينبغى التفصيل فان كان ترك الحلب يضر بها لكثرة اللبن فى ضرعها فلا يجيء فيه خلاف كالعلف والسقى فان لم يكن كذلك فهو كالركوب للانتفاع فعلى ما ذكره المصنف ومن وافقه يجوز وعلى ما صححه الرافعى والجمهور يمتنع ونسب الرويانى فى البحر جواز الحلب إلى أصحابنا وقيده بأن تكون سائرة فلو وقفها للحاب بطل الرد *

على أحد الوجهين فى أن بيع الثمار قبل بدو الصلاح من صاحب الشجرة يستغنى عن شرط القطع فان لم يرغب فى بيع ولا شراء وقف الأمر حتى يصطلحا ويتفرع على ثبوت الفسخ قبل خروج الثمرة فرعان (أحدهما) إذا فسخ غرم للعامل أجرة مثل ماعمل ولا يقال تتوزع الثمار على أجرة مثل جميع العمل إذ الثمار ليست معلومة عند العقد حتي يقتضى التوزيع فيها (والثانى) لو جاء أجنبى وقال لاتفسخ لأعمل نيابة عن العامل لم تلزمه الاجابة لانه قد لايأتمنه ولا يرضى بدخوله ملكه نعم لو عمل نيابة عنه من غير شعور المالك حتى حصلت الثمار سلم للعامل نصيبه منها وكان الأجنبى متبرعا عليه هذا ماذكروه وقيل إذا وجد من يتبرع بالعمل كان كما لو وجد مال له يستأجر منه أو وجد من

﴿ فرع ﴾ اذا كان فى رد المبيع مؤنة فالمؤنة على المشترى قاله صاحب التتمة وغيره قال لان المبيع مضمون فى يده والمال اذا كان مضمون العين كان مضمون الرد (قلت) وهذا ظاهر اذا لم يتلفظ بالفسخ أما إذا تلفظ به حيث أمرناه أما إذا قدر على الشهود على الصحيح وأما وحده على رأى القاضى حسين و بالفسخ خرج عن ملكه وقد صرح الرافعى بأن مؤنة الرد بعد الفسخ على المشترى وصرح هو والمتولى بأنه لو هلك فى يده ضمنه وقد يقال ينبغى أن يكون حكمه حكم الامانات الشرعية والعين المستأجرة بعد انقضاء المدة فيجب عليه الرد لكن ليست العين مضمونة عليه وحكم المؤنة فى زمن الرد حكمها فى العين المستأجرة بعد انقضاء المدة لكن الجواب عن هذا أن أصل هذه اليد الضمان فيستصحب حكمها كالعارية المؤقتة إذا انقضت بخلاف العين المستأجرة فانها كانت أمانة وقد ذكر القاضى حسين فى فتاويه جملة من هذه المسائل (منها) إذا فسخ البيع بالعيب أو بخيار الشرط أو الافلاس فمؤنة الرد على المشترى ومؤنة رد المرهون على الراهن والقيم إذا ظهرت خيانته أو عزل والمال فى يده فمؤنة الرد إذا صار مضموناً على القيم واذا أراد الرد بعد بلوغ الصبي فعلى الصبي و يرد مسلم الموصى إلى الموصى له على الموصى له ومؤنة رد العين المستأجرة بعد المدة على المالك يعني على خلاف فيه فالصداق إلى الزوج إذا طلق قبل الدخول أو ارتدت أو فسخ النكاح على الزوج لأنه أمانة فى يدها هكذا قال القاضى وهو طريق المراوزة وطريق العراقيين وهى الأصح أنه مضمون عليها (ومنها أيضاً) مسألة ابتدأ بها القاضى هذه المسائل وهى إذا سلم السيد العبد الجانى واحتيج إلى بيع رقبته فى أرش جنايته فمؤنة البيع من أجرة الدلال وغيره على من أجاب يحاص من ثمن العبد الجانى للمجنى عليه قدر أرش الجناية (قلت) فلو كانت الجناية تستغرق ثمن العبد فلم يتعرض القاضى لها وقد رأيت فى شرح المهذب لأبي إسحق العراقى فيما إذا كسر ما لا يوقف على عيبه إلا بكسره قال إذا احتاج فى رده إلى مؤنة (فان قلنا) ليس للمشترى الرد ويرجع بالأرش كانت مؤنة رده عليه لأنه ملكه (وان قلنا) له الرد كانت مؤنته على البائع لأنه عاد إلى ملكه وهذا كلام عجيب ولا أدرى من أين له والصواب ما تقدم *

﴿ فرع ﴾ اشترى عبداً فوجد به عيباً فقصده وقال ظننت انى لو فصدته أو حجمته زال عنه

يقرض حتى لايجوز للمالك الفسخ لكان قريباً (وقوله) فى الكتاب ولو عجز عن الحاكم فكتئل ان لم يشهد يجوز أن يعلم - بالواو - للوجه المطلق وللوجه المخصوص بما اذا لم يشهد لعدم الامكان (وقوله) ثم له أن يفسخ العقد مطلق لكن موضعه ما إذا لم تخرج الثمرة كما قررناه كذلك أورده الاكثرون وفى المهذب أنه يفسخ فاذا فسخ نظر إن لم تخرج الثمرة فللعامل الاجرة فان خرجت فهى

ذلك العيب فقصده فلم يزل قال القاضى حسين فى الفتاوى يبطل حقه من الرد لأن قصده رضى منه بالعيب فان أراد التخلص من ظلامته يفسخ أولا ثم يفصد فان هلك فهو من ضمان المشترى بالقيمة (قلت) وفى جواز فصده بعد الفسخ وهو ليس بملكه اشكال قال جامع الفتاوى انه على هذا عندى إذا فسخ بين يدى البائع أو فسخ واشتغل بطلبه (أما) إذا فسخ مع غيبته والتوانى فى رده بطل حقه قال وهو مشكل قلت الاشكال الذى ذكرته فى جواز الفصد باق وزاد فى هذا الكلام إشكالا أخر وهو أنه بعد الفسخ يبطل حقه بالتوانى والظاهر أنه بعد الفسخ ينتقل الملك عنه ولا يبقى إلا المنازعة فان صدقه البائع أو كانت بينة فلا يضره التوانى وانما تعتبر المبادرة عند من يرى التلفظ بالفسخ على الفور لأجل انكار المشترى فليتأمل كل من الكلامين فانه مشكل والله أعلم *

* قال المصنف رحمه الله تعالى *

﴿ وله أن يرد بغير رضى البائع ومن غير حضوره لأنه رفع عقد جعل اليه فلا يعتبر فيه رضى صاحبه ولا حضوره كالطلاق ﴾ *

﴿ الشرح ﴾ الكلام المتقدم فيما يحصل به المبادرة وأما الفسخ فانه يجوز للمشترى ولو فى حضور البائع وفى غيبته مع رضاه ومع عدمه ولا يفتقر اليه ولا إلى الحاكم وسواء كان قبل القبض فيجوز أن يفسخه بحضرة البائع ولا يجوز فى غيبته و إن كان بعد القبض فلا يجوز إلا بحضوره ورضاه أو بحكم الحاكم وهكذا قال أبو حنيفة فى خيار الشرط انه لا يجوز لأحدهما الفسخ إلا بحضرة صاحبه لكنه لم يشترط هناك رضاه فالمسائل ثلاثة عند أبى حنيفة رحمه الله خيار الشرط يشترط فيه الحضور لا الرضى والرد بالعيب مثل القبض كذلك يشترط فيه الحضور لا الرضى و بعد القبض يشترط فيه الرضا أو حكم الحاكم ودليلنا فى خيار الشرط اطلاق حديث حبان بن منقذ وفى خيار العيب قبل القبض قال القاضى

بينهما وهذا يوافق اطلاق الكتاب لكن لا يكاد يفرض للفسخ بعد خروج الثمار فائدة ثم هو معلم - بالواو - لوجه ابن أبى هريرة والعجز عن العمل بالمرض ونحوه كالهرب *

قال ﴿ فان مات العامل تم (و) الوارث العمل من تركته * فان لم يكن تركة فله أن يتمم من ماله لأجل الثمار * فان أبى (و م) لم يجب عليه شىء إذا لم يكن تركة وسلم اليه أجرة العمل الماضى وفسخ العقد للمستقبل ﴾ *

إذا مات مالك الاشجار فى أثناء المدة لم تنفسخ المساقاة بل يستمر العامل على شغله ويأخذ نصيبه من الثمار وان مات العامل فى المساقاة اما أن تكون واردة على عين العامل أو فى الذمة ان وردت على عينه انفسخت بموته كما لو مات الاجير المعين تنفسخ الاجارة وان كانت فى الذمة فقد

أبو الطيب

أبو الطيب النكتة فيها أن من لايعتبر رضاه فى رفع العقد لايعتبر حضوره كالمرأة فى الطلاق وأما بعد القبض فلأنه رد مستحق بالعيب فلا يعتبر فيه رضا البائع كما قبل القبض وقول المصنف رحمه الله لايعتبر فيه رضي صاحبه اشارة إلى مابعد القبض (وقوله) ولاحضوره إشارة إلى ماقبل القبض تنبيها على محل الخلاف فى الموضعين وقد قابل فى النكت لفظ الرفع بالقطع وهو أحسن من جهة أن الطلاق قاطع لارافع وما ذكرههنا أحسن من جهة أن الخصم لايسلم اليه أن الرد قطع بل هو رفع لاسيا على قوله وقول عندنا أنه يرفع العقد من أصله وقاس فى النكت على الوصى له أيضاً وقوله جعل اليه احترازاً من الاقالة فانها اليهما لاينفرد بها أحدهما ولايرد اللعان حيث يعتبر فيه حضور المرأة رضى القاضى مع أن الفرقة تترتب على لعان الزوج وحده وهى فرقة فسخ عندنا لان الفرقة حكم شرعى رتبه الشرع على لعانه بغير اختياره فلا يندرج في قوله رفع لان الرافع الشرع لا هو وفى الرد بالعيب هو الفاسخ باختياره وقصده الرفع واستدل أصحابنا أيضاً بالقياس على الرجعة والوديعة فانها تنفسخ فى غيبة المودع حتى إذا علم به وجب عليه الرد وان كان لا يضمن حتى يتمكن ويجب عليه طلب صاحبها ليسلمها اليه أو الحاكم فان لم يفعل وهلكت فى يده ضمنها واعلم أن قول المصنف جعل اليه ظاهر فيما قبل القبض لأن أبا حنيفة رضى الله عنه لايشترط فيه رضى البائع (وأما) بعد القبض فقد يقال انه باشتراط رضاه يمنع أن الرفع حينئذ جعل للمشترى لتوقفه على رضا البائع مندفع عن المصنف لأنه يعني بقوله جعل اليه أنه صادر منه وحده بخلاف الاقالة الصادرة منهما ومع ذلك يصح الإحتراز وان اشترط الخصم فيه شرطاً آخر واستدل الحنفية بأنه رفع عقد بعيب فلا ينفرد به كالرد بالعنة وأجاب أصحابنا بأن ذلك يفتقر إلى إقرار الزوج بالعجز والى حكم الحاكم لأنه يختلف فيه بخلاف هذا ووافقنا أبو حنيفة فيما إذا كان خيار الشرط لأحدهما على جواز انفراده بالفسخ وانما خالف فيما إذا كان الخيار لهما هكذا نقله القاضى حسين وعلى هذا يلزمه فان الرد بالعيب ثابت لأحدهما والله أعلم *

روي وجه انها تنفسخ وكأنه موجه بأنه ربما لايرضى بيد غيره وتصرفه والصحيح وعليه يتفرع كلام الكتاب لاتنفسخ كالاجارة وعلى هذا فينظر إن خلف العامل تركة يقتسم الوارث العمل بأن يستأجر منها من يعمل وإلا فان اتم الوارث بنفسه أو استأجر من ماله من يتم فعلى المالك تمكينه إن كان أمينا مهتديا إلى اعمال المساقاة ويسلم له المشروط فأن أبي لم يجبر عليه وعن رواية القاضى أبي حامد وصاحب التقريب وجه آخر انه يجبر عليه لقيامه مقام المورث وحكى هذا عن مالك والمذهب الأول لأن منافعه خالص حقه وانما يجبر على توفية ماطي المورث من تركته نعم لو خلف تركة وامتنع الوارث من الاستئجار منها استأجر الحاكم وإن لم يخلف تركة فلا يستقرض على الميت

* قال المصنف رحمه الله تعالى *

﴿فان اشترى ثوبا بجارية فوجد بالثوب عيبا فوطىء الجارية ففيه وجهان (أحدهما) أنه ينفسخ البيع كما ينفسخ البيع فى مدة خيار الشرط بالوطء (والثانى) لاينفسخ لان الملك قد استقر للمشترى فلايجوز فسخه إلا بالقول﴾ *

﴿الشرح﴾ هذه المسألة ذكرها القاضى أبو الطيب فى باب خيار المتبايعين و بنى الوجهين فيها على الوجهين فى مسألة ذكرها هو والشيخ أبو حامد وهى ما إذا اشترى جارية بثمن ثم أفلس وثبت للبائع حق الفسخ فيها فوطئها هل يكون فسخاً فيه وجهان (أحدهما) نعم كالوطء فى زمان الخيار فانه إذا صدر من البائع والخيار له أولهما كان فسخاً على الصحيح المنصوص الذى قاله المحاملي فى التجريد أنه لاخلاف فيه وقال القاضى أبو الطيب على جميع الأقاويل والجامع بينهما أنه رد للملك وفسخ البيع والملك يحصل بالقول والفعل ولافرق فى الوطء فى زمان الخيار بين خيار المجلس وخيار الشرط وانما قيد المصنف بخيار الشرط لأنه فى مدة خيار المجلس قد يقال ان تحريم العقد باق والعقد أضعف وذلك أيعين رأس المال والعرض فى الصرف فى خيار المجلس كالمعين فى العقد ولأجله قال بعض الأصحاب ان الحط والزيادة يلحقان فى المجلس دون خيار الشرط وان كان الأصح اللحوق فيهما فاذا كان الانفساخ بالوطء فى خيار الشرط ففى المجلس أولى فلذلك خصه المصنف بالذكر لأنه أقرب إلى خيار الرد الطارىء بعد تحريم العقد لكن لك أن تقول ان هذا القياس إنما يتم عند القائلين بأن الملك فى زمان الخيار للمشترى وهو الصحيح عند الشيخ أبى حامد والقاضى أبى الطيب والامام (أما) إذا قلنا بأن الخيار للبائع أو موقوف فيظهر الفرق بينه و بين المبيع المعيب فانه ملك المشترى (والوجه الثانى) لاينفسخ بالوطء والفرق بينه و بين المبيع فى زمان الخيار حيث نقول ينفسخ بالوطء وان انتقل للمشترى ان الملك فى زمان الخيار ضعيف والملك فى المعيب قد استقر بدليل أنه يجوز له التصرف فيه فكان أقوى من الملك فى زمان الخيار فلذلك يشترط فيه القول وهذا معني ما ذكره المصنف وههنا

بخلاف الحى اذا هرب ومهما لم يتم العمل فالقول فى ثبوت الفسخ وفى الشركة وفصل الامر اذا خرجت الثمار كما ذكرنا فى الهرب و اعلم ان ماذكرناه من انقسام المساقاة إلى مايرد على العين و إلى مايتعلق بالذمة مبنى على ظاهر المذهب فى صحة النوعين وتردد بعضهم فى صحة المساقاة على العين لما فيه من التضييق *

﴿فرع﴾ نقل صاحب التتمة أنه إذا لم تثمر الاشجار أصلا أو تلفت الثمار كلها بجائحة أو غصب فعلى العامل اتمام العمل وإن تضرر به كما أن عامل القراض يكلف التنضيض وإن ظهر الخسران

أمور (أحدها) ان هذا إنما يحتاج اليه إذا قلنا بالملك فى زمن الخيار للمشترى وقد تقدم التنبيه على ذلك (الثانى) ماالاصح من هذين الوجهين فاعلم أن الشافعى رحمه الله تعالى قال بأن الاشبه ان من كان الخيار له فالملك له وان كان لهما فموقوف يقتضى أن نقول هنا بأن الاصح الوجه الثاني عدم الانفساخ لان القياس على زمان الخيار إذا كان الخيار لهما أو للبائع لايحسن لأن الملك عنده لم يحكم بزواله فلم يشبه للمعيب واذا كان الخيار للمشترى لايمكن القول بأن وطء البائع فسخ فانه إذا لم يملك الفسخ بالقول فعدم ملكه بالفعل أولى فعلى مقتضى كلام الرافعي ينبغى أن يكون الاصح هنا عدم الانفساخ وعلى ماصححه الشيخ أبوحامد وموافقوه من انتقال الملك بنفس العقد فقد ظهر الفرق بما ذكره المصنف رحمه الله فليكن الاصح أيضا عدم الانفساخ (الثالث) قول المصنف لان الملك قد استقر للمشترى والمشترى فى كلامه مشترى الثوب فيكون المعنى أن ملك الثوب قد استقر له فلا يجوز فسخه بوطء الجارية التى هى ثمن عنه وكذلك يقتضيه كلام القاضى أبى الطيب لكنه قال فى مسئلة الفلس التى بني عليها لان ملك المشترى قد استقر على الجارية وهذا يناسب أن يقول هنا لان البائع استقر على الجارية لان الراجع فى الفلس هو البائع والراجع فى العيب هو المشترى ولاشك أن تملك كل من البائع والمشترى مستقر وكل من المأخذين صحيح ويظهر أن يقال ان مشترى الثوب إذا اطلع على عيبه فحقه فى رده وفسخ البيع فيه ويترتب على ذلك انفساخه فى مقابله فالذى يرد عليه الفسخ هو الثوب لاالجارية وكان التعليل باستقرار الملك فيه أولى وبذلك يظهر افتراق هذه مع المبيع فى زمان الخيار وفي هذا المأخذ أيضاً لان الفسخ هناك وارد على الجارية الموطوءة بغير واسطة وههنا بواسطة رد الثوب (الرابع) أن الوطء حرام على المذهب (وان قلنا) يحصل به الفسخ (الخامس) قال أبو علي الفارقي فى هذا انا قصدنا بالوطء الفسخ ولا يجب عليه المهر لانه وطىء فى ملكه فان لم يقصد به الفسخ لم يكن فسخا قولا واحدا ويجب المهر ولا حد عليه ونظير ذلك وطء الوالد الجارية المرهونة وان اوطئها بقصد الاسترجاع فعلى الوجهين وان لم يقصد كان الوطء محرما ويلزمه المهر ولاحد للشبهة (السادس) في

فى المال ولم ينل إلا التعب وهذا اشبه مما ذكره فى التهذيب أنه إذا هلكت الثمار كلها بالجائحة ينفسخ العقد إلا أن يزيد بعد تمام العمل وتكامل الثمار قال و إن هلك بعضها فالعامل بالخيار بين أن يفسخ العقد ولا شىء له و بين أن يجيز ويتم العمل و يأخذ نصيبه من الباقي *

قال ﴿ و ان ادعى المالك سرقة أو خيانة على العامل فالقول قول العامل فانه أمين * فان ثبتت خيانته ينصب (و) عليه مشرف وعليه (و) أجرته إن ثبت بالبينة خيانته * و إن لم يمكن حفظه بالمشرف أزيلت (م و) يده وأستؤجر عليه ﴾ *

جملة من نظائر هذه المسئلة مما يجعل الفعل فيه كالقول فى مسئلة الجارية المرهونة وقد تقدمت ومنها التقليد والاشعار هل يجعل كقوله جعلته هديا فيه خلاف ومنها لولبد المحرم رأسه وعقصه وهذا لا يفعله إلا العازم على الحلق فهل يتنزل الحلق على قولين (الجديد) لا (وأما) المعاطاة ونحوها فذلك لقرينة لا الفعل *

* قال المصنف رحمه الله تعالى *

﴿ فان زال العيب قبل الرد ففيه وجهان بناء على القولين فى الامة اذا أعتقت تحت عبد ثم أعتق العبد قبل أن تختار الامة الفسخ (أحدهما) يسقط الخيار لان الخيار ثبت لدفع الضرر وقد زال الضرر (والثاني) لا يسقط لان الخيار ثبت بوجود العيب فلا يسقط من غير رضاه ﴾ *

﴿ الشرح ﴾ الوجهان مشهوران حكاهما جماعة من الأصحاب والرافعى حكاهما أيضا فى باب التصرية كما تقدم عند استمرار لبن المصراة على كثرته ولكنه فى هذا المكان جزم بسقوط الخيار تبعا لصاحب التهذيب وقال ان مهما زال العيب قبل العلم أو بعده وقبل الرد سقط حقه من الرد وهما طريقان فى المذهب حكاهما القاضى حسين (احداهما) حكاية الوجهين بناء على القولين (والثانية) القطع بسقوط الخيار قال وهذا المذهب والفرق بينه وبين خيار العتق على أحد القولين ان خيار العتق لا يبطل بالتأخير على قول فلم يبطل بارتفاع السبب المثبت له بخلاف خيار العيب فلما اختلف الخياران فى الأصل اختلفا في الصفة والبقاء بعد ارتفاع السبب وقال ابن الرفعة ان هذا الفرق لا غناء فيه والأمر كما قال وبالجملة الصحيح السقوط وكذلك هو الصحيح من القولين فى الأمة ويحتمل ان يقال بعدم السقوط هنا وان قيل فى الأمة لان خيارها مقيد بما ينالها من الضرر بالأقامة يجب الفرق وقد زالت العلة وخيار المشترى معلل بغير البائع له وانه بذل ذلك الثمن فى مقابلة ماظنه سليما واخلف وزوال العيب فى يد المشترى معه حاصلة له ولكني لم أر من قال بهذه الطريقة والأمام فى كتاب النكاح ضعف الوجه فى المسئلتين جدا وصحح السقوط فى المسئلتين وقال ان الخلاف فيهما ينبنى على قاعدة ذكرها فى الشفعة أن الشفيع إذا لم يشعر بها حتى باع ملكه الذى استحق الشفعة به وإنما ذكر الامام هذا لأنه

دعوى المالك الخيانة والسرقة على العامل فى الثمار أو السعف لا تقبل حتي يبين قدر ماخان فيه ويحرر الدعوى فاذا حررها وأنكر العامل فالقول قوله مع يمينه وقوله فى الكتاب فانه أمين قد يستدرك عليه فان الامانة غير مؤثرة فى هذا الحكم بل القول قول المدعى عليه في نفى المدعى أمينا كان أولم يكن فالذى ذكره المزني فى جواب المسائل التى فرعها على أصل الشافعى رضى الله عنه في المختصر أن يستأجر عليه من يعمل عنه وقال فى موضع آخر يضم اليه أمين يشرف عليه وبه قال مالك رضى الله عنه فجعلها بعضهم قولين والجمهور نزلوهما على حالين إن أمكن حفظه بضم

حكي الخلاف فى الشفعة قولين والا كثر ون حكوهما وجهين فالوجه أن تكون مسئلة العيب ومسألة الشفعة كلتاهما مبنيين على مسئلة الامة والاصح فى للسائل الثلاث السقوط ومسئلة الشفعة وخيار الامة من واد واحد و بينهما و بين مسئلة العيب ماذ كرته فى الاحتمال المتقدم الذى لم يذ كره أحد من الاصحاب فيما علمت وإن كان المعنى الملاحظ فيه موجوداً فى كلامهم وأ كثر المصنفين يحكون الخلاف فى مسئلة الـكتاب وجهين إلا صاحب البحر فانه قال لو زال العيب سقط الرد وقيل فيه قولان منصوصان وكلام المصنف باطلاقه يقتضى أنه لافرق بين أن يكون زوال العيب قبل العلم به أو بعد العلم به وقبل الرد بأن يكون فى مدة طلب الخصم والقاضى والامر كذلك بلا نزاع و به صرح الاصحاب ويقتضى أنه لافرق بين أن يكون قبل القبض أو بعده وقد يقال الزائد قبل القبض أولى بالسقوط من الزائد بعده وكلام أبى سعيد الهروى فى الاشراف جازم بأنه لايرد لـكنه أطلق فيما يوجد فى يد البائع ولم ينص على أنه بعد البيع وقد صرح الامام بجريان الخلاف فيه فبقي كلام المصنف رحمه الله على اطلاقه ذكر الامام ذلك فى كتاب التفليس *

﴿ فرع ﴾ اشترى جارية سمينة فهزلت قبل القبض ثم سمنت فردها هل للمشترى الفسخ فيه وجهان بناء على مالو غصب شاة سمينة فهزلت ثم ردها هل يجب ضمان الثمن الأول أو يتخير بالثانى (إن قلنا) يتخير ولايفسخ والا فله الفسخ قاله صاحب التهذيب وذلك بناء منه على الطريقة القاطعة بان زوال العيب يمنع من الرد أما على الوجه من الطريقة الأخرى فانه يفسخ ولو قلنا يتخير فيكون الترتيب هكذا (إن قلنا) لاينجبر الثمن الأول بالثانى فسخ والافوجهان (أصحهما) لا *

﴿ فرع ﴾ لو زال العيب القديم قبل العلم به ولـكن حدث عيب مانع من الرد فعلى الأصح لا أرش وعلى الوجه الآخر ينبغى أن يثبت له الأرش عن العيب القديم واليه صار ابن الرفعة وجزم الرافعي بعدم الأرش وذلك مستمر على جزمه فى هذا الباب بسقوط الخيار أما على طريقة الوجهين فيتعين جريانهما هنا وسيأتى إن شاء الله الكلام فى زوال العيب بعد أخذ أرشه فى آخر الفصل الثانى لهذا *

مشرف اليه قنع به و إلا أزيلت يده بالـكلية و استؤجر عليه من يعمل عنه وهذا ما أورده فى الـكتاب ثم اذا استؤجر عليه فالأجرة فى ماله لأن العمل مستحق عليه (أما) أجرة المشرف فكذلك الجواب فيها على المشهور فى التتمة أن ذلك مبنيّ على أن مؤنة الحفظ على العامل لأن المقصود من ضم المشرف اليه الحفظ (اما) اذا قلنا ان الحفظ عليهما فكذلك أجرة المشرف واذا عرفت ماذ كرناه جاز لك إعلام قوله ازيلت يده واستؤجر عليه بالميم وكذلك بالواو ومع قوله وينصب عليه مشرف لطريقة

* قال المصنف رحمه الله تعالى *

﴿ وإن قال البائع أنا أزيل العيب مثل أن يبيع أرضاً فيها حجارة مدفونة يضر تركها بالأرض فقال البائع أنا أقلع ذلك فى مدة لا أجرة لمثلها سقط حق المشترى من الرد لأن ضرر العيب يزول من غير إضرار ﴾*

﴿ الشرح ﴾ صورة المسئلة أن يضر تركها ولا يضر قلعها وقد تقدم الكلام فيها فى باب بيع الأصول والثمار وظاهر كلام المصنف هنا أن الخيار ثبت ويسقط بقول البائع ذلك والذى تقدم هناك وذكره الرافعى وغيره أنه يؤمر البائع بالقلع والنقل ولا خيار للمشترى والصواب ماقاله المصنف رحمه الله هنا وأنه يثبت الخيار ثم يسقط وكلامهم هنا محمول على هذا ألا ترى أن الرافعى وغيره قاسوا ذلك على مالو اشترى داراً يلحق سقفها خلل يسير يمكن تداركه فى الحال أو كانت منسدة البالوعة فقال البائع أنا أصلحه وأبيعها لاخيار للمشترى فهذا الكلام ناطق بأن عدم الخيار مرتب على قول البائع ويظهر أثر هذا فيما لو بادر المشترى وفسخ قبل أن يقول البائع ذلك فعلى ماقلته ينفذ فسخه ولا عبرة بقول البائع بعد ذلك واطلاق المصنف والرافعى وغيرهما أيضا السقوط بقول البائع أنا أقلع ينبغى أن يكون محمولا على ما إذا قلع أما إذا اقتصر على القول فسقوط الخيار به غير متجه لبقاء العيب والعبارة المحررة ماذكروه فى كتاب الاجارة ويقتضيه كلام الامام هنا أيضاً ان الخيار ثابت إلا إذا بادر المكترى إلى الاصلاح هذا كان اشتمال الارض على الحجارة المذكورة منقصاً لها وهو ما يقتضيه ذكرهم لذلك فى العيوب فان فرض أن الحجارة المذكورة لقرب زمان نقلها لايعد اشتمال الارض عليها عيبا صح اطلاقه أنه لاخيار ويلزم البائع بنقلها ولكن ذلك خلاف المفروض وأيضاً لايبقى حينئذ بقول البائع أنا أقلع أثر لأنه يلزم به ولاخيار للمشترى قبله ولا بعده فالصواب مايوافق عباراتهم فى الاجارة فان الخيار ثابت إلا إذا بادر البائع إلى القلع فى مدة لا أجرة لمثلها وحينئذ تكون العلة أن ضرر العيب زال وأما تعليل المصنف بأنه يزول فيناسب عدم ثبوت الخيار أصلا وهو لم يقل به ولا ينحى عن ذلك إلا أن يقال ان بقاء الاحجار مع امتناع البائع من قلعها عيب وبدون امتناعه ليس

القولين وقوله وعليه اجرته لما ذكرناه فى التتمة وقوله ان ثبت بالبينة خيانته غير محتاج اليه اذ لافرق فى وجوب الأجرة عليه بين أن تثبت خيانته بالبينة أو بالاقرار أو اليمين بعد النكول وقد ذكر فى الوسيط أن اجرة المشرف على العامل ان ثبت خيانته باقراره أو ببينة والا فعلى المالك فسوى بين البينة والاقرار وقوله والا فعلى المالك فيه اشكال لأنه إذا لم تثبت خيانته فما ينبغى أن يتمكن المالك من ضم المشرف اليه لما فيه من ابطال استقلاله باليد *

بعيب وهو بعيد إذ يقال ان اشغال الارض بالحجارة مانع من كمال صفة القبض فيها كما تقدم وذلك عن بعض الاصحاب فامتناع الحجارة مع امتناع البائع من قلعها كالعيب الحادث قبل القبض ولم يذهب أحد هنا إلى ثبوت الخيار مع مبادرة البائع إلى القلع أخذا من أن وجود الأحجار فى الارض عيب و زوالها بقول البائع أو بفعله كزوال العيب قبل الرد وفيه وجه كما تقدم وكان الفرق ضعيف الخيار ههنا لكون البائع مسلطا على اسقاطه أو لانه زال قبل كمال القبض وليس كالعيب الزائل بعد القبض أو لان هذا الزوال بفعل البائع ففيه استدراك للظلامة بخلاف الزوال بنفسه و بعد أن كتبت ذلك رأيت ابن معن أورده على المصنف رحمه الله وزعم أنه تناقض بين ما ذكره هنا وفى الاجارة من سقوط الخيار و بين ما تقدم من حكايته الوجهين فى زوال العيب قبل الرد وادعى الاولوية فى طرد الوجهين هنا وكذلك ابن الردى قال أرى أن تكون المسئلة الثانية كالمسئلة الاولى على وجهين بل أولى لانه إذا كان بعد رد العيب وجهان فمع بقائه أولى وما ذكرته جواب عنه وليس المصنف مختصاً بذلك وقوله لا أجرة لمثلها قيد لابد منه ليتحقق عدم الاضرار ولو كانت الحجارة يضر قلعها أوقلعها وتركها فقد تقدم الكلام فى ذلك فيما لا ينصرف فى باب بيع الاصول والثمار وقوله مدفونة يحترز عن المخلوقة وقد تقدم حكمها ومن الواضحات ان فرض المسئلة فى حالة جهل المشترى بالحجارة *

* قال المصنف رحمه الله تعالى *

﴿ وان قال البائع أمسك المبيع وأنا أعطيك أرش العيب لم يجبر المشترى على قبوله لانه لم يرض إلا بمبيع سليم بجميع الثمن فلم يجبر على امساك معيب ببعض الثمن و إن قال المشترى أعطنى الارش لامسك المبيع لم يجبر البائع على دفع الارش لانه لم يبذل المبيع إلا بجميع الثمن فلم يجبر علي تسليمه ببعض الثمن ﴾ *

﴿ الشرح ﴾ المسألتان واضحتان والأصل أن كل من وجب له شيء ليس له المطالبة بغيره ولا يجب عليه الانتقال إلى غيره وخرج عن هذا القصاص إذا عفا عنه يجب المال وان كان الواجب القود عيناً وعن أحمد أن للمشترى أخذ الأرش *

قال ﴿ فان خرجت الاشجار مستحقة فللعامل أجرة عمله على الغاصب * فان كانت الثمار باقية أخذها المستحق * فان تلف غرم العامل ماقبضه لنصيبه ضمان (و) المشترى فانه أخذه فى معاوضة * و نصيب المساقى * وكذا الاشجار اذا تلفت يطالب بها الغاصب * وفى مطالبة العامل بها وجهان من حيث ان يده لم تثبت عليه مقصوداً بخلاف المودع * فان طولب رجع (و) به على الغاصب رجوع المودع ﴾ *

* قال المصنف رحمه الله تعالى *

{ فان تراضيا على دفع الأرش لاسقاط الخيار ففيه وجهان (أحدهما) يجوز وهو قول أبي العباس لأن خيار الرد يجوز أن يسقط إلى المال وهو إذا حدث عند المشترى عيب فجاز إسقاطه إلى المال بالتراضى كالخيار فى القصاص (والثانى) لا يجوز وهو المذهب لأنه خيار فسخ فلم يجز إسقاطه بمال كخيار الشرط وخيار الشفعة فان تراضيا علي ذلك (وقلنا) انه لا يجوز فهل يسقط خياره فيه وجهان (أحدهما) أنه يسقط لأنه رضى بامساك العين مع العيب (والثانى) لايسقط وهو المذهب لأنه رضى باسقاط الخيار بعوض ولم يسلم له العوض فبقى الخيار } *

{ الشرح } الوجهان فى جواز التراضى على إسقاط الخيار إلى بدل سواء كان ذلك البدل جزءاً من الثمن أم غيره اتفقت الطرق على حكايتها والجواب منسوب إلى أبي العباس ابن سريج وعنه أنه حكاه عن القديم و به قال أبو حنيفة ومالك والمنع قال القاضى حسين انه المنصوص وقال الامام انه ظاهر النص والمصنف فى قوله انه المذهب تابع للشيخ أبى حامد وقال القاضى أبو الطيب انه ظاهر المذهب والماوردى وهو الذى صححه البغوى والرافعى وغيرهما وفيه نظر فانهم قاسوه على خيار الشرط والشفعة والفرق بينه و بين خيار الشرط والشفعة أن ههنا يأخذ الأرش فى مقابلة ما فات من المال و يسقط إلى مال كما قال المصنف رحمه الله تعالى فهذان معنيان ليسا فى خيار الشفعة والشرط والمعنى الاول أحسن وصورة المسألة إذا لم يكن مانع من الرد ولا تأخر مسقط أما بأن يجهلا فورية الخيار أو يكون فى خيار المصراة علي القول بامتداده أو أن التشاغل بالاتفاق على الأرش لا يعد إعراضاً عن الرد ونظر القاضى حسين وغيره هذه المسألة بحق الشفعة لا تصح المصالحة عنه على أصح الوجهين خلافاً لأبى إسحق المروزى وقد عرفت ما فيه قال القاضي حسين وقال أبو اسحق ثلاث مسائل أخالف فيها أصحابى حد القذف وحق الشفعة ومقاعد الاسواق أجوز الصلح عنها ومنعها سائر الاصحاب لانها ليست بمال وانما يصح الاعتياض عما هو مال فأما إذا كان حقاً مجرداً

الأشجار التى و ردت المساقاة عليها اذا خرجت مستحقة أخذها المالك مع الثمار ان كانت باقية وأن جففاها ونقصت القيمة بالتجفيف استحق الارش ايضا و يرجع العامل علي الغاصب الذى ساقاه بأجرة المثل كما اذا غصب نقرة فأستأجر رجلا ليضرب بها دراهم يأخذها المالك ويرجع الضراب بالأجرة على الغاصب وفيه وجه أنه لاأجرة له تخريجا على قولى الغرور لأنه هو الذى اتلف منفعة نفسه وتشبيها بفوات الثمار بالاستحقاق بفواتها في المساقاة الصحيحة بجائحة وان اقتسما الثمار واستهلكاها فاما نصيب العامل فالمالك بالخيار بين ان يطالب بضمانه الغاصب أو العامل وقرار

فلا انتهى * وقد عرفت أن جواز المصالحة هنا أولى من جوازها فى المسائل الثلاث للفرق المذكور ولذلك ابن سريج لم ينقل عنه موافقة أبى إسحق إذا خالف فى المسائل الثلاث يخالف فى حق الرد بالعيب فانه لا فرق بينهما أو للرد بالعيب أولى كما قدم واكتفوا بنسبة الخلاف هنا إلى ابن سريج (وانما) قلت أن المصالحة هنا أولى بالصحة من المسائل الثلاث لما أشار اليه المصنف من أن خيار الرد يجوز أن يسقط إلى المال فى حال ولا كذلك الحقوق الثلاثة ولأن الأرش مأخوذ فى مقابلة حال نائب ولا جرم (قال) القاضى أبو الطيب هنا أنه لا يصح المصالحة عن الشفعة قولا واحداً ولم يحك خلاف أبى اسحاق مع حكايته للخلاف هنا وهو مقتضى كلام المصنف رحمه الله هنا فانه جعل الشفعة أصلا مقيساً وقول المصنف فى تعليل الثانى خيار فسخ يحترز بالفسخ عن القصاص والوصف حاصل فى الأصل وهو خيار الشرط والشفعة فان فيهما فسخ البيع وإبطال حق المشترى للتنقص لكن هذا القياس لا يكفى بدون إلغاء الفرق المتقدم والأصحاب يقولون الأرض جزء من الثمن فى مقابلة الجزء الثابت كما سيأتى ومقتضى ذلك أن يجوز والمصالحة عنه كما قال ابن سريج فانه ليس فى مقابلة حق مجرد ولا سلطة الرد ولذلك اتفقوا على جوازه عند حدوث عيب جديد *

﴿التفريع﴾ وهو مذكور فى الكتاب (إن قلنا) بالصحيح وهو أنه لا يجوز فتراضيا على ذلك فان كان المشترى عالماً ببطلان المصالحة بطل حقه قطعاً وإن ظن صحتها وعليه يحمل كلام المصنف (فوجهان) وحكاهما الامام عن نقل العراقيين وتعليلهما ما ذكره المصنف والمذهب عدم السقوط كما قال (وممن) صححه القاضى أبو الطيب وابن الصباغ والقاضى حسين والبغوى والرافعى ومن التفريع أيضا إنا (إن قلنا) بجواز المصالحة سقط الخيار و يثبت الأرش أو ما اتفقا عليه على البائع و إلا فلا فأن كان أخذه وجب عليه رده ولو صالح عن العيب على مال وجوزنا فزال العيب لا يجب رد

الضمان على العامل لأنه أخذه عوضاً فى معاوضة فاشبه المشترى من الغاصب وذكر فى التتمة أن بعض الأصحاب ذكر في المسألة على ما إذا أطعم الغاصب المالك الطعام المغصوب فيجئ من هذا وجه ان القرار على الغاصب (وأما) نصيب الغاصب فللمستحق مطالبته بها وفى مطالبة العامل وجهان (أظهرهما) عند المعظم المطالبة بثبوت يده عليها كما لا يطالب عامل القراض إذا خرج مال القراض مستحقاً وكما يطالب المودع من الغاصب (والثانى) المنع لأن يده لم تثبت عليه مقصوداً بخلاف المودع بل يد العامل مستدامة حكماً وهو نائب فى الحفظ والعمل كأجير يعمل فى حديقة وعلى الوجهين يخرج ما إذا تلفت جميع الثمار قبل القسمة بجائحة أو غصبت فان اثبتنا يد العامل عليها فهو يطالب بضمانها و إلا فلا ولو تلف شيء من الأشجار ففيه هذان الوجهان (و إذا قلنا) بأن العامل مطالب بنصيب الغاصب فاذا غرمه

المال لانه أخـذ علي جهة المعاوضة قاله البغوى ولا فرق في جواز المصالحة بين أن يكون الثمن ذهباً فيصطلحان على ذهب أو فضة أو حالا أو مؤجلا قاله الجوزى *

﴿فائدة﴾ الأرش فى اللغة . أصله الهرش أبدلت الهاء همزة وأرش الجراحة ديتها وذلك لما يكون فيه من المنازعة وأرشت الجرب والنار إذا أورثتهما والنار من بين القوم الأفساد بينهم (وأما) فى الشرع فقال بعضهم هو عبارة عن الشيء القدر الذى يحصل به الجبر عن الفائت (وقال) الرافعى هو جزء من الثمن نسبته إليه نسبة ماينتقص العيب من قيمة المبيع لو كان سليما إلى تمام القيمة *

﴿ فرع ﴾ لنا صورة يرضى المشترى فيها بالعيب ولا يكون له مانع من الرد إذا أطلع على ذلك فى مرض موته ولا تنقطع مطالبة الورثة عن البائع على أحد الوجهين وسنذكر عند الـكلام فى الأرش *

* قال المصنف رحمه الله تعالى *

﴿ وإن أراد أن يرد بعضه لم يجز لان على البائع ضرراً فى تبعيض الصفقة عليه فلم يجز من غير رضاه و إن اشترى عبدين فوجد بأحدهما عيباً فهل له أن يفرده بالرد فيه قولان (أحدهما) لايجوز لانه تبعيض صفقة علي البائع فلم يجز من غـير رضاه (والثانى) يجوز لان العيب اختص بأحـدهما فجاز أن يفرده بالرد * وإن ابتاع اثنان عبداً فاراد أحدهما أن يمسك حصته وأراد الآخر أن يرد حصته جاز لان البائع فرق الملك فى الايجاب لهما فجاز أن يرد علة أحدهما دون الآخر كما لو باع منهما فى صفقتين ﴾ *

﴿ الشرح ﴾ هـذه ثلاث مسائل الأولى إذا كان المبيع عيناً واحدة فى صفقة واحدة فان كانت كلها باقية فى ملك المشترى فليس له أن يرد بعضها بغير رضا البائع لمعنيين (أحدهما) تفريق الصفقة (والثانى) أن الشركة عيب فاذا رد النصف كان معيباً ولا يجوز رد العين إذا حدث فيها

ففي رجوعه على الغاصب الخلاف المذكور فى رجوع المودع والظاهر انه يرجع وهذا الذى ذكره صاحب الـكتاب ومواضع العلامات في الفصل غير خافية (ومنها) قوله ضمان المشترى فانه قصد به الاشـارة إلى الاستقرار وفيه ماحكاه صاحب االتتمة (وقوله) ونصب للساقى أراد به ههنا الغاصب الذى هو فى صورة المالك وقد يسمى العامل مسـاقياً لأن كل واحد من المفاعلة مفاعل ولو حذف لفظ الغاصب من قوله يطالب به الغاصب من لـكان أقرب إلى الذهم لأنه إذا اختلف اللفظ أذهب الوهم إلى اختلاف المعنى والمراد من المسـاقى هو الغاصب *

قال ﴿و إن اختلف المتعاقدان في قدر الجزء المشروط تحالفا (م) كما فى القراض ﴾ *

عيب والمنع فى هذه الحالة لا يكاد يعرف فيه خلاف وصرح القاضى حسين أنه لاخلاف فيه (قال) الامام ورأيت لصاحب التقريب طرد القولين فيه وهو خطأ غير بعيد وهذا الخلاف نقله القاضى حسين عن صاحبه فيما إذا باع النصف ومع ذلك غلطه و إن كان قد باع بعض العين لغير البائع فكذلك عند الجمهور (وقال) الماوردى إن جوزنا تفريق الصفقة فله رد ما بقى واسترجاع حصته والتوقف حتى ينظر مايؤول إليه حاله وحكى ذلك عن نقل الشيخ أبى على وحكاه القاضى حسين عن صاحبه كما تقدم وغلطه ولم يطرد الماوردى هذا فى حال بقاء الجميع فى ملكه بل جزم بالمنع (فان قلنا) بجواز الرد فذاك و يسترجع قسطه من الثمن بلا خلاف (قال) الامام إذ لو قلنا يسترجع الجميع و باقى المبيع فى يده فكان مضياً الى إثبات شيء من المبيع فى يد المشترى من غير مقابل وأورد ابن الرفعة أنه لم لايقال يبقى الباقى بجميع الثمن ولا يسترجع شيئاً ويكون المردود كالتالف قبل القبض و يكون فائدة الرد التخلص عن عهدة المبيع كما قاله القاضى حسين فيما إذا أبرأ من الثمن قلت فالقاضى حسين وافق الامام على ماقال وعلل بعدم الفائدة فى الرد لو قلنا يمسك الجميع والله أعلم (و إن قلنا) بالصحيح المشهور الذى جزم به المصنف أنه لايجوز له الرد ففى حالة بقائه كله فى ملكه لا أرش له لانه متمكن من رد الجميع وفى حالة خروجه عن ملكه إن كان بالمبيع فقد حكى الماوردى عنه فى وجوب الأرش وجهين مبنيين على التعليلين فيما إذا باع الجميع (أصحهما) الوجوب وسنذكرهما فى كلام المصنف فى بيع الجميع بعد ثلاث فصول إن شاء الله تعالى وفيما إذا خرج بغير المبيع بالوقف رجع بالأرش و بالعتق لا يمكن لانه يسرى إلى الباقى و بالهبة على ماسنذكره فى كلام المصنف فى خروج الجميع فان على القول بامتناع الرد فى النقص والعجز عن رد الجميع يكون الكلام فى الأرش كالكلام فى تعذر الرد فى الجميع حرفا بحرف والصحيح فيما إذا خرج بعضه بالبيع هنا أنه لارد ولا أرش (قال) الشافعى رحمه الله فى المختصر ولو كان باعها أو بعضها ثم علم بالعيب لم يكن له أن يرجع على البائع شيء ولا من

إذا اختلف المتعاقدان فى قدر المشروط للعامل ولا بينة تحالفا كما ذكرنا فى القراض وإذا تحالفا وتفاسخا قبل العمل فى شيء للعامل و إن كان بعده فللعامل أجرة مثل عمله وعن مالك رضى الله عنه أنهما لايتحالفان بعد العمل بل القول قول العامل وعن أحمد إن القول قول المالك و إن كان لأحدهما بينة قضى له فان كان لكل واحد منهما بينة (فان قلنا) بالتهاتر وهو الأصح فكما لو لم تكن بينة فيتحالفان (وان قلنا) بالاستعمال فيقرع بينهما ولا يجرى قول الوقف والقسمة لأن الاختلاف فى العقد والعقد لا يوقف ولايقسم وقيل يجيء قول القسمة فى القدر المختلف فيه فينقسم بينهما نصفين ولو ساقاه شريكا الحديقة ثم قال العامل شرطتما لى نصف الثمار وصدقه أحدهما (وقال) الثانى بل شرطنا الثلث فنصيب المصدق

قيمته من العيب (وقال) فى الأم فى اختلاف العراقيين فى باب الاختلاف فى العيب واذا اشترى الرجل من الرجل الجارية أو الثوب أو السلعة فباع نصفها من رجل ثم ظهر منها على عيب دله له البائع لم يكن له أن يرد النصف بحصته من الثمن على البائع ولا يرجع عليه بشىء من نقص العيب من أصل الثمن وذكر الشافعى رحمه الله كلاما أكثر من ذلك سأذكره عند بيع الجميع فان فيه إشارة إلى أن العلة كونه لم يأنس من الرد وهناك أذكره إن شاء الله تعالى وكلام المصنف رحمه الله يقتضى أنه اذا رضى البائع جاز ولنا فى أفراد إحدى العينين بالرد برضاء البائع وجهان (أصحهما) الجواز فليكن ماقتضاه كلام المصنف رحمه الله جاريا على الأصح (إذا قلنا) بذلك فلو بذل المشترى أرش نقصان التنقيص هل يجبر البائع عليه يحتمل أن يأتى فيه الخلاف فيما اذا طلب أحدهما الرد مع أرش العيب وطلب الآخر الامساك وغرامة الأرش (فان قلنا) يجاب المشترى أجبناه وأجبرنا البائع ومن ذلك يأتي فى المسألة أوجه (أصحها) امتناع الرد إلا برضاء البائع (والثانى) الامتناع مطلقاً (والثالث) الجواز مع أرش التبعيض (والرابع) من غير أرش وهو مايقتضيه كلام صاحب التقريب والماوردى والوجهان بعيدان والا كثرون على القطع بخلافها وقد أطلق أكثر الأصحاب هذا الحكم والخلاف فى جواز التبعيض ولم يفرقوا بين المتقوم والمثلى ولا شك أن ما ذكروه يظهر فى المتقوم للمعنيين المذكورين (أما) المثلى فالحنطة ونحوها اذا اشترى صبرة حنطة فوجد بها عيباً فأراد رد بعضها قال صاحب التتمة (ان قلنا) فى العبدين يجوز فيها هنا كذلك و إلا فوجهان والفرق أن رد البعض لايؤدى الى تجهيل الثمن قلت و ينبغى بناؤهما على خلاف سيأتى أن المانع الضرر أو اتحاد الصفقة (ان قلنا) بالأول جاز لأنه لاضرر (وان قلنا) بالثانى فالصفقة متحدة فينبنى على أنه هل يجوز تفريق الصفقة أو لا فعلى (الأول) يجوز وعلى (الثانى) يمتنع ولايضر كون التفريق هنا اختياريا لكونه لاضرر فيه وقد رأيت المسألة منصوصاً عليها فى البويطى فى آخر باب الصرف قال ومن اشترى من رجل متاعا جملة مالا يكال ولا يوزن فوجد ببعضه عيباً يرده جميعاً أو يأخذه جميعاً وان كان ما يكال و يوزن

يقسم بينه و بين العامل وفى نصيب المكذب الحكم بالتحالف ولو شهد المصدق للمكذب أو للعامل قبلت شهادته لأنه لايجر بها نفعاً ولايدفع بها ضرراً واذا اختلف فى قدر الأشجار المعقودة عليها أوفى رد شىء من المال أو هلاكه فالحكم على ماذكرنا فى القراض *

﴿فروع﴾ أحدها إذا بدأ الصلاح فى الثمرة فان وثق المالك بالعمل تركها فى يده إلى وقت الادراك فيقسمان حينئذ إن جوزناها أو يبيع أحدهما نصيبه من الثانى أو يبيعان من ثالث فان لم يثق به وأراد تضمينه التمر أو الزبيب فيبنى على أن غيره أو تضمين ان جعلنا غيره لم يجز وأن جعلنا تضمين فالأصح جوازه كما فى الزكاة وقد

فهو مخير ان شاء أخذ الجيد بحصته ورد مابقى وهذا صريح فى الجواز ودال على أن المراعى الضرر ولو باع المشترى للمشترى بعض العين الواحدة من البائع ثم وجد بالباقى عيباً (قال) القاضى حسين فالمذهب أن له الرد اذ ليس فيه تبعيض الملك على البائع وقيل لا يرده (قلت) وينبغى بناء ذلك على أن المانع الضرر أو اتحاد الصفقة (ان قلنا) بالأول فله الرد (وان قلنا) بالثانى فتخرج على التفريق كما تقدم وسيأتى حكمه فى كلام المصنف فى بقية هذا الفصل ان شاء الله تعالى *

﴿ فرع ﴾ لو مات المشترى فى هذه الصورة وخلف وارثين فهل لأحدهما رد نصيبه فيه ثلاثة أوجه (أحدها) ليس له الانفراد لاتحاد الصفقة وهو قول ابن الحداد (والأصح) عند الرافعى واستدلوا له بأنه لو سلم أحد الابنين نصف الثمن لم يلزم البائع تسليم النصف اليه فعلى هذا هل يجب له الارش فيه ثلاثة أوجه (ثالثها) ان أيس على الرد رجع والا فلا وهو الاصح عند القاضى حسين وقد ذكر الرافعى هذه المسئلة عندما اذا اشترى وكيل عن رجلين وسأذكر ما قاله هناك ان شاء الله تعالى (والثانى) يجوز أن ينفرد برد نصيبه لأنه جميع ماله حكاه الرافعى (والثالث) أن البائع مخير بين أن يأخذ نصف المبيع ويعطى نصف الثمن وبين أن يعطى نصف الارش ويخير الذى يريد الرد على اسقاط حقه قاله الماوردى وحكاه العمرانى أن أبا الطيب ذكره عن ابن الحداد فى شرح المولدات *

﴿المسئلة الثانية﴾ اذا اشترى عينين من رجل واحد صفقة واحدة ولها صور (احداها) ماذكره المصنف أن يجد العيب بأحداهما وهما باقيان فى يده فهل له افراد المعيبة بالرد فيه قولان (أظهرهما) عند الماوردى والرافعى وقال القاضى أبو الطيب والرويانى أنه ظاهر المذهب وقطع به الشيخ أبو حامد وهو المنصوص عليه فى الأم فى كتاب الصلح وهو قول جمهور الأصحاب أنه ليس له ذلك بل

روى عن النبى ﷺ «أنه خرص على أهل خيبر»(١) وقيل لا يجوز لأنه بيع الرطب بالتمر مع تأخر أحد العوضين ويخالف الزكاة لأنها مبنية على المسامحة وكذا قضية خيبر لأنه يتسامح فى معاملات الكفار مالا يتسامح فى غيرها ويجرى الخلاف فيما لو أراد العامل تضمين المالك بالخرص (الثانى) اذا انقطع ماء كبستان وأمكن رده ففى تكليف المالك السقى وجهان (أحدهما) لا يكلف كما لا يجبر أحد الشريكين على الضمان وكما لا يجبر المكرى على عمارة الدار المكراة (والثانى) يكلف لأنه لا يتمكن العامل من العمل إلا به فاشبه ما اذا استأجره لقصارة ثوب بعينه يكلف تسليمه اليه فعلى هذا لو لم يسع فى رده لزمه للعامل أجرة عمله فان لم يمكن رد الماء فهو كما لو تلفت الثمار بجائحة (الثالث) السواقط وهي السعف التى تسقط من النخل يختص بها المالك وما يتبع الثمرة فهو بينهما (قال) الشيخ أبو حامد ومنه الشماريخ

---

(١) ﴿حديث﴾ انه ﷺ خرص على أهل خيبر تقدم فى الزكاة *

يردهما جميعاً أو يمسكهما جميعاً سواء كان ذلك قبل القبض أم بعده وسواء كان ما يتساوى قيمته كالكرين من الطعام أو يختلف كالعبدين والثوبين هكذا ذكره وقد تقدم عن مختصر البويطى أن من اشترى ما يكال و يوزن أنه يجوز التبعيض ومقتضى ذلك أن يجوز افراد أحد الكرين بالرد (والقول الثانى) الجواز واختاره الرويانى فى الحلية والقولان عند الماوردى والقاضى أبى الطيب والغزالى والرويانى وغيرهم مبنيان على تفريق الصفقة (ان قلنا) يفرق جاز والا لم يجز لكن قياس هذا البناء كما قال الرافعى أن يكون قول التجويز أظهر وأشار الى الجواب بأن الصفقة وقعت مجتمعة ولا ضرورة الى تفريقها فلا يفرق يعني وليس كما اذا جمعت حلالا وحراماً أو حلالين وتلف أحدهما قبل القبض فان التفريق هناك ليس اختياريا وحاول ابن الرفعة اثبات قول يمنع افراد المعيب بالرد (وان قلنا) بجواز تفريق الصفقة وذكر من نص الشافعى فى الصلح مايدل دلالة ظاهرة على ذلك و يمكن أن يؤخذ من كلام المصنف مايدل له لأنه علل المنع بما يحصل من الضرر بتبعيض الصفقة فلم يجز من غير رضاه وهذا الكلام يشعر بجوار تفريق الصفقة اذا رضى فالراجح أن لا يجعل القولان مبنيين على تفريق الصفقة بل مرتبين بأن يقال ان منعنا تفريق الصفقة منعنا هنا والا فقولان والترتيب أوفق لكلام الأئمة الذين أطلقوا البناء فانه قد يطلق البناء على الترتيب و يبعد جعله قولين برأسهما أوفق لكلام المصنف فانه علل قول الجواز بأن العيب أخص بأحدهما وهذا يقتضي بمفهومه أن العيب اذا لم يختص وكان فيهما لا يجوز الافراد مع القول بجواز تفريق الصفقة فأفاد أول كلامه وآخره ان لنا قولا بالمنع وان جوزنا تفريق الصفقة لأجل الضرر وقولا بالجواز ومنعنا تفريق الصفقة قلت تفريق الصفقة القهرى لا يمكن القول

(الرابع) دفع بهيمته الى غيره ليعمل عليها وما رزق الله عز وجل فهو بينهما فالعقد فاسد لأن البهيمة يمكن اجارتها فلا حاجة الى إيراد عقد عليها فيه غرر ولو قال تعهد هذه الأغنام على أن يكون لك درها ونسلها بيننا فكذلك لأن الدر لا يحصل بعمله ولو قال اعتلف هذه من عندك ولك النصف من درها ففعل وجب بدل العلف على صاحب الشاه والقدر المشروط من الدر لصاحب العلف مضمون فى يده لحصوله بحكم بيع فاسد والشاة غير مضمونة لأنها غير مقابلة بالعوض ولو قال خذ هذه الشاة واعلفها لتسمن ولك نصفها ففعل فالقدر المشروط منها لصاحب العلف مضمون عليه دون الباقى (الخامس) قال فى التتمة ان كانت المساقاة فى الذمة فللعامل أن يعامل غيره لينوب عنه ثم أن شرط له من الثمار مثل ما شرط المالك له أو دونه فذاك وان شرط له أكثر من ذلك فعلى الخلاف فى تفريق الصفقة ان جوزناه وجبت للزيادة أجرة المثل وان لم نجوزه فالجميع له وان كانت المساقاة على عينه

بالجواز مع منعه لانه على ذلك القول يستحيل شرعا (وأما) التفريق الاختيارى برد أحد العينين دون الآخرى فكلا القولين اللذين ذكرهما المصنف رحمه الله يفرعان على منعه بمعني أن المشترى ممنوع منه وعلى تجويز التفريق القهرى فان أريد بالتفريق القهرى فالترتيب صحيح كما اقتضاه كلام الأئمة وإن أريد التفريق الاختيارى فلا ترتيب فلا بناء وهما القولان بعينهما وعلة المصنف تقتضى عدم جريانهما فيما إذا كان المعيب فيهما وسأتعرض لذلك فى بقية الكلام إن شاء الله تعالى ثم أن النص المذكور عن الصلح يدل دلالة قوية على المنع مع القول بتفريق الصفقة ولم أذكر لفظه خشية التطويل مع ظهوره فهو يرد التحريج على تفريق الصفقة والقول بالجواز مبنياً عليها إلا أن يكون لنا نص فى موضع آخر على الجواز فى خصوص مسئلة افراد المعيب ولم أقف عليه ولذلك قطع الشيخ أبو حامد بالمنع والذى يقول بالجواز هنا يقول فيما إذا اشترى شقصى دارين أنه يجوز للشفيع أن يأخذ أحدهما دون الآخر وقد يحتمل ذلك فى شقص دار واحدة أن يأخذ بعضه ويدع بعضه قاله صاحب التلخيص قال الرافعى والقولان مفروضان في العبدين وفى كل شيء لا تتصل منفعة أحدهما بالآخر (فأما) في زوجي خف ومصراعي باب ونحوهما فلا يجوز الافراد بحال وارتكب بعضهم طرد القولين فيه (قلت) وجعله صاحب التتمة مرتبا (إن قلنا) هناك لايجوز فهنا وجهان و بناهما على أصل أشار القاضى حسين إذا غصب فرد خف قيمة الزوج عشرة فتلف فى يده ورجع قيمة الآخر إلى درهمين هل يضمن خمسة أو ثمانية (إن قلنا) خمسة جاز له إفراد أحدهما بالرد (و إن قلنا) ثمانية فلا (و إذا قلنا) بالصحيح وأنه لايجوز الافراد فقال المشترى رددت المعيب فهل يكون ذلك رداً لهما فيه وجهان (أصحهما) لا بل هو لغو ولو رضى البائع بإفراده جاز على الأصح هكذا أطلق الرافعى الخلاف وينبغى

لم يكن له أن ينيب ويعامل غيره فلو فعل انفسخت المساقاة بشركة العمل وكانت الثمار كلها للمالك ولا شيء للعامل والعامل الثانى ان كان عالماً بفساد العقد فلا شيء له والا ففى استحقاقه أجرة المثل ماذكرناه فى خروج الثمار مستحقة *

كتاب الاجارة * وفيه ثلاثة أبواب

(الباب الأول فى أركان صحتها)

قال (وهى بعد العاقدين ولا يخفى أمرهما ثلاثة (الأول) الصيغة وهى أن يقول أكريتك الدار أو أجرتك فيقول قبلت * ويقوم مقامهما (و) لفظ التمليك ولكن يشترط أن يضيف الى المنفعة فيقول ملكتك منفعة الدار شهراً * والظاهر (و) أن لفظ البيع لايقوم مقام التمليك لأنه موضوع لملك الأعيان) *

(اذا قلنا) بجواز تفريق الصفقة أن يجوز قطعاً لانه إنما امتنع لضرر البائع وقد رضى (أما) إذا منعنا تفريق الصفقة فيمتنع وان رضى ولذلك قال الغزالى انه أقيس الوجهين فيما اذا رضى المنع قال لأن استحالة تفريق الصفقة الواحدة لايختلف بالتراضي وما ذكره الغزالى من أنه الأقيس جار على ماقرره من البناء على تفريق الصفقة وقد تقدم أن الراجح عدم البناء وأن الأولى أن يكون الخلاف مرتباً فكذلك الأصح الجواز اذا رضي وهو الذى نص الشافعى عليه فى كتاب الصلح والمشكل طريقة الماوردى فانه قطع بالجواز اذا رضي البائع مع بنائه القولين عند عدم رضاه على تفريق الصفقة ولو أراد رد السليم والمعيب معاً على هذا القول المانع من الافراد جاز قال الامام لم يختلف العلماء فيه وعلى القول الآخر المجوز للافراد (الأصح) الجواز وفيه وجه حكاه الامام والغزالى فى الوسيط أنه لا يردهما الا اذا كانا معيبين وضعفه الرافعى وحكى ابن يونس أن الغزالى قال (اذا قلنا) لايرد يطالب بالأرش وتعتبر القيمة يوم العقد واعترض النابس عليه بأنه ليس فى الوسيط الا فيما اذا تلف أحد العبدين والأرش يتعين فى مسئلة التلف بخلاف هذه المسئلة اذ يمكن (قلت) وهو كذلك ولا اتجاه لما قاله ابن يونس نعم لو كان صاحب الوجه المذكور الذى يقول انه لايردهما الا اذا كانا معيبين يقول انه لايرد المعيب وحده اتجه عنده طلب الأرش لكنه ينفيه قول الامام فيما اذا منعنا الافراد أنه لم يختلف العلماء فى جواز رد الجميع فتعين أن يكون الوجه الذى فى الوسيط يمنع ردهما تفريعاً على جواز رد أحدهما وحينئذ لاوجه لطلب الارش لامكان الرد ولو أراد رد السليم وحده قطع الماوردي بأنه لايجوز (وقال) ابن الرفعة أنه لاخلاف فيه لانه انما يجوز تبعاً وقد فقدت التبعية والله أعلم * واذا جوزنا الافراد فرده اشترط قسطه من الثمن بلا خلاف وقد تقدم من الامام تعليله واعتراض ابن الرفعة عند الكلام فى العين الواحدة *

نفتتح الباب بمقدمات (احداها) أنه يستعمل فى هذا العقد لفظتان (إحداهما) الاجارة وهذه اللفظة وان اشتهرت فى العقد فهى فى اللغة اسم للاجرة وهى كراء الأجير وذكر الجيلى فى الشامل أن يقال لها اجارة أيضاً بالضم ويقال استأجرت دار فلان وأجرنى داره ومملوكه يؤجرها إيجاراً فهو مؤجر وذاك مؤجر ولا يقال مؤاجر ولا آجر (أما) المؤاجر فهو من قولك أجر الأجير مؤاجرة كما يقال زارعه وعامله وأجر هذا فاعل وأجر داره أفعل فاعل ولا يجر منه مفاعل (وأما) الأجر فهو فاعل قولك أجره يأجره يأجيره و يأجره أجرا اذا أعطاه أجراً وقولك أجره اذا صار أجيرا له وقوله تعالى (على أن تأجرنى ثمانى حجج) فسره بعضهم بالمعني الأول فقال تعطينى من تزوجى إياك رعى الغنم هذه المدة و بعضهم بالثانى فقال تصير أجيرى واذا استأجرت عاملا لعمل فأنت أجر بالمعني الاول لأنك تعطى

(فرع) قال أبو حنيفة رضي الله عنه بالجواز فيما بعد القبض ووافق فيما قبله واحتج من نصر قوله بأنه تم العقد فيهما وانفرد أحدهما بسبب الخيار وثبت فيه الخيار كما لو اشترى عبدين واشترط في أحدهما خيار الثلاث ونقض أصحابنا عليه ذلك بما قبل القبض أو وجد العيب فيهما أو كانا مصراعي باب وزوجي خف أو مما تتساوى أجزاؤه مثل كرين من طعام فان أبا حنيفة رحمه الله قال في هذه المواضع الأربعة مثل ماقلناه (والجواب) عن شرط الخيار في أحدهما من وجوه بالنقض بالمسائل المذكورة وبأن صاحبه قد رضي بالتبعيض لما شرط وبأن وصف تمام العقد لا تأثير له في الأصل لأنه يجوز أن يرد الذي شرط فيه الخيار قبل القبض وبعده فهذا الكلام في ظهور العيب بأحدي العينين وهما باقيتان وهي مسألة الكتاب على أن إطلاق كلام المصنف رحمه الله يحتمل أن يشمل هذه الصورة والصورة الثالثة التي سنذكرها وهي إذا كان السليم تالفا فان كان الأول وهو الظاهر (فالأظهر) من قولي الكتاب الأول وهو أنه لا يجوز الإفراد وإن كان الثاني (١) الأولى المنع وفى الثالثة الجواز كما (٢) ويرجح حمل كلام المصنف على العموم (٣) القولين فى الصورتين أن القاضى (٤) فى حكاية القولين بين ما إذا كان العيب فى أحدهما وما إذا كان فيهما وأحدهما تالف ولم يذكر الترتيب (٥) سنذكره (٦) (الصورة الثانية) وجد العيب بهما جميعا وهما باقيان فله ردهما قطعا وفى إفراد أحدهما بالرد القولان السابقان هكذا قال القاضي حسين والامام والرافعى وغيرهم وقد تقدم التنبيه على أن كلام المصنف يفهم القطع بالمنع فى هذه الصورة وإن كان ساكتا عن التصريح بها ولا شك أن الشيخ أبا حامد رحمه الله يقطع فيها بطريق الأولى وإنما النزاع فى جريان الخلاف عند غيره وقد نقل صاحب الاستقصاء عن صاحب الافصاح أنه لا يجوز إفراد أحدهما بالرد إجماعا كالطعام الواحد (قلت) وهذا ليس بصريح لأن نص الشافعي رحمه الله تقدم فى المكيل والموزون أنه يرد بعضه على ما إذا كانا باقيين فأولى بالجواز لتعذر ردهما [illegible] جوز [illegible] ومن منع هنا [illegible] كالشيخ أبى حامد وغيره [illegible] تفريق الصفقة (فان قلنا) [illegible] هنا [illegible] بالتفريق [illegible] التفريق التهذيب إن منعناه [illegible] هنا وإن جوزناه جاز لوجود [illegible] ويقتضى هذا [illegible] أن يكون قول الجواز هنا أظهر والرافعى رحمه الله اقتصر في باب تفريق الصفقة على ترتيب الخلاف وأن [illegible] الجواز وليس فى ذلك بيان الأصح وأعاد المسألة فى باب الرد بالعيب ولم يتعرض لحكم رد الباقى هل يجوز

(١) الى (٦) بياض بالأصل حرر

الاجرة وهو آجر بالمعنى الثانى لأنه يصير أجيرا لك وأجره الله لغة فى آجره أى أعطاه أجره والأجير فعيل بمعنى مفاعل كالجليس والنديم هذا تلخيص ماذكره أئمة اللغة (والثانية) الاكراء يقولون أكريت

أو لا جزماً ذكرته من التعقيب يعرف أن الأظهر الجواز لكن النص الذي سنذكره عن البويطى والنص الذي سنذكره عن اختلاف العراقيين كلاهما يدل على خلافه وهو ما يقتضى كلام الماوردى أنه الأصح وقال الأصح عند الماوردى امتناع تفريق الصفقة والمراد بالتلف إما حساً وإما شرعاً فإن جوزنا الإفراد رد الباقى واسترد من الثمن حصته بلا خلاف وقد تقدم تعليله عن الإمام واعتراض ابن الرفعة بطريق التوزيع بتقدير العبدين سليمين وتقويمهما ويسقط المسمى على القيمتين فلو اختلفا فى قيمة التالف فادعى المشترى ما يقتضى زيادة الرجوع على ما اعترف به البائع (فالأظهر) عند القاضى أبى الطيب والرافعى والمصنف حيث ذكر فى باب اختلاف المتبايعين أن القول قول البائع مع يمينه (أما) بثمن ملكه فلا يرد منه ما اعترف به وهذا القول نسبه القاضى أبو الطيب والرافعى إلى نصه فى اختلاف العراقيين (والثانى) أن القول قول المشترى لأنه تلف فى يده فأشبه الغاصب مع المالك إذا اختلفا فى القيمة كان القول قول الغاصب الذى حصل الهلاك فى يده وهذا القول فى اختلاف العراقيين أيضاً وقد رأيتهما فيه ولكن هل هما تفريع على جواز الإفراد أو على منعه فيه نظر سأنبه عليه فى آخر الكلام والإعتماد فى حكايتهما هنا على نقل الأئمة وقد اقتصر الرافعى رحمه الله وغيره على استرجاع حصة المردود من الثمن ولم يتعرضوا لشيء آخر ولا شك أن التالف إذا كان معيبا أيضا يجب الأرش عليه لتعذر رده كما يجب الأرش إذا تلف المبيع كله وتبين عيبه وإنما سكتوا عن ذلك احالة له على ذلك المكان واقتصاراً على المهم المختص بهذا المكان. وإن لم يجز الإفراد فقولان فيه حكاه القاضى حسين وطائفة (ووجهان) فيما حكاه آخرون واقتضى إيراد الرافعى والنووى ترجيحه (أصحهما) عند الرافعى وغيره وهو الذى ذكره الشيخ أبو حامد والقاضى أبو الطيب فى تعليقهما لا فسخ له ولكن يرجع بأرش العيب لأن الهلاك أعظم من العيب ولو حدث عنده عيب لم يتمكن من الرد وهذا هو الذى نقله الربيع فى مختصر البويطى فعلى هذا إن اختلفا فى قيمة التالف عاد القولان لأنه فى الصورتين يرد بعض الثمن إلا أنه على ذلك القول يرد حصة الباقى وعلى هذا القول يرد أرش العيب وهل النظر فى قيمة التالف فى الصورتين إلى يوم العقد أو يوم القبض فيه الخلاف الذى فى اعتبار القيمة لمعرفة أرش العيب القديم وسيأتى إن شاء الله تعالى (والأصح منه) اعتبار أقل القيمتين (والوجه الثانى) أنه يضم قيمة التالف إلى الباقى ويردهما ويفسخ العقد قال الرافعى وهو اختيار القاضى أبى الطيب واحتج له بأن النبى

الدار فهى مكراة ويقال اكتريت واستكريت وتكاريت بمعنى ورجل مكارى والمكرى على فعيل المكارى وللمكترى أيضا والكراء وإن اشتهر اسما للأجرة فهو فى الأصل مصدر كاريت

صلى الله عليه وسلم أمر في المصراة برد الشاة بدل اللبن الهالك (قلت) ولم أر ذلك في تعليقة القاضي أبي الطيب بل الذي فيها أنا (إذا قلنا) لا يرد رجع بالأرش كما تقدم عنه ولم يحك فيه خلافا وأما (إن قلنا) له رده فيرده بحصته من الثمن قال وقال بعض أهل خراسان ينفسخ العقد على هذا القول فيهما جميعا ثم يرد الباقي وقيمة التالف ويسترجع كله في المصراة قال القاضي أبو الطيب وهذا خطأ ويخالف نص الشافعي لأنه نص على ذلك في اختلاف العراقيين وقال يرجع إلى حصته من الثمن ثم فرع عليه وذكر الاختلاف فالعجب من الرافعي رحمه الله إلا أن يكون القاضي أبي الطيب نقله عن بعض الخراسانيين كما رأيت لكنه جعله مفرعا على القول بالرد وحكاه الإمام وغيره وجعله الغزالي والرافعي رحمهما الله مفرعا على قول المنع كما تقدم ولا تدفق بينه وبين ما نقله أبو الطيب لأن أبا الطيب يقول (إن قلنا) لا يرده أي أصلا يرجع بالأرش (وإن قلنا) يرده فهل يفرده أو يضم معه قيمة التالف فيه (وجهان) وهؤلاء يقولون (إن قلنا) يفرده تعذر الفسخ وإلا جاز ثم يتكلم عليه الرد أو يضم معه قيمة التالف (فيه وجهان) فالكلامان راجعان إلى معنى واحد وتوافقا العراقي في نسخة الرافعي القول المذكور إلى اختيار أبي الطيب ووافق الرافعي على ذلك ابن الرفعة وألزم ابن الرفعة أن ابن الصباغ نقل القولين في ذلك أعني في ضم قيمة التالف إلى الموجود كما حكاهما الإمام وغيره ولم أر ذلك في الشامل بل رأيت فيه ما يحتمل أن يكون سبب التوهم الذي عرض للرافعي وتبعه هو عليه في النقل عن أبي الطيب فإن ابن الصباغ قال حكى أبو الطيب عن بعض أهل خراسان أنه ينفسخ العقد قال وهذا هو الجيد لحديث المصراة فلعل الرافعي يطالع ذلك وظن أن الضمير في قال لأبي الطيب وإنما هو لبعض أهل خراسان يبينه ما في التعليقة لأبي الطيب وقد تقدم الرافعي في ذلك العمراني فينقل المسألة في الزوائد من الشامل وزاد فقال قال القاضي هذا هو الصحيح قول ابن الصباغ وهذا ليس بصحيح هو القاضي وابن الصباغ ناقل عنه أو موافق له وبالجملة فالقول منصوص عليه في البويطي لأن في مختصر البويطي ولو اشترى ثوبين في صفقة واحدة فقبضهما فهلك أحدهما وأصاب بالآخر عيبا فله أن يرد القائم وقيمة التالف ويرجع بأصل الثمن الذي أعطاه فإن اختلفا في القيمة فالقول قول البائع من قبل أن الثمن كله قد لزم المشتري وهو يريد اسقاط الشيء عنه لما يدعي من كثرة قيمة الغائب ولا أقبل دعواه قال الربيع وله قول آخر إذا اشترى شيئين في صفقة واحدة فهلك واحد وأصاب بالآخر عيبا لم يكن له إلى الرد سبيل ومن قال أنه كان له أن يرد الشيء كما أخذ

(المقدمة الثانية) أصل هذا العقد من الكتاب قوله تعالى (فإن أرضعن لكم فآتوهن أجورهن) وقصة موسى وشعيب عليهما السلام ومن الخبر نحو قوله صلى الله عليه وسلم «اعطوا الأجير أجرته

[illegible] ما استوفى منه ويرجع عليه بقيمة
العيب [illegible] الثوب الباقي هذا الكلام الذي في مختصر البويطي يقتضي اثبات الرجوع
[illegible] الثالث ان الباقي ان ردهما الا والثاني لا يمتنع الرد ويرجع بالأرش انما هذا في
[illegible] عدم جواز الافراد فاما متعاندين في منع الافراد كما قدمت لك اولا
[illegible] اختلاف العراقيين ثم ابتدأ تفريعا على الرد واسترجاع القسط واما قال اذا اشترى
ثوبين [illegible] احدهما في يده ووجد بالثاني عيبا واختلفا في ثمن الثوبين فالقول قول
البائع مع يمينه [illegible] الثمن كله فقد لزم المشتري والمشتري اذا اراد رد الثوب بزيادة بالاكثر الذي
[illegible] او الرجوع بالعيب رجع به بحكم الثمن ولا سقوطه بقوله الزيادة دون الربع وفيه قول آخر ان
القول قول المشتري [illegible] قال الشافعي رحمه الله اذا اشترى شيئين في صفقة
[illegible] فوجد بالاكثر عيبا فليس له الرد [illegible] فيرجع بقيمة العيب لانه اشتراهما صفقة فليس
له ان يفرقها (قلت) وهذا هو نص ما في البويطي وليس فيه زيادة عليه الا القول الآخر الذي
حكاه بالترجيع ان القول قول المشتري وآخر كلامه المذكور صريح في عدم الرد واول كلامه فيه
احتمال [illegible] ابو الطيب وما قاله في مختصر البويطي وانما احتجت الى ذلك لقول القاضي
ابي الطيب [illegible] يرجع الى حصته من الثمن وهذا بحسب ما فهمه من اختلاف العراقيين من منع
التفريق والقاضي ابو الطيب نقل عنه بلفظ آخر صريح في التفريق فلعل له في اختلاف العراقيين
نصا آخر واجرى ابن الرفعة كلاما حكي عن اختلاف العراقيين نظرا من وجهين (أحدهما) انا تفريع على
منع التفريق فالنص مصرح بالتفريق فكيف يرد به وهذا قاله ابن الرفعة بناء على ما نقله القاضي
ابو الطيب ونقله ابن الرفعة عن ابن الصباغ لعترضا عليه لكنك قد عرفت فيه النص بلفظ
وليس فيه تصريح بالتفريق ولو ثبت ذلك فالعذر عن أبي الطيب أنه لم يجعل ذلك تفريعا على

قبل أن يجف عرقه»(١) ومن الآثار فيما روي أن عليا عليه السلام آجر نفسه من يهودي يستقي له

كتاب الاجارة

(١) (حديث) «أعطوا الأجير أجره قبل أن يجف عرقه» ابن ماجه من حديث ابن عمر وفيه عبد الرحمن بن زيد بن أسلم والطبراني في الصغير من حديث جابر وفيه شرقي بن قطامي ومحمد بن زياد الراوي عنه وأبو يعلى وابن عدي والبيهقي من حديث أبي هريرة وهذا الحديث ذكره البغوي في المصابيح في قسم الحسان وغلط بعض المتأخرين من الحنفية فعزاه لصحيح البخاري وليس هو فيه وإنما فيه من حديث أبي هريرة مرفوعا ثلاثة أنا خصمهم فذكر فيه ورجل استأجر أجيرا فاستوفى منه ولم يعطه أجره *

منع التفريق حتى يعترض عليه بما ذكر بل انما قال اذا جوزنا الرد كما تقدم النقل عنه فاذا نقل عن الشافعي رحمه الله أنه قال مع الرد يسترجع القسط يكون ذلك ردا على من يقول لا يسترجع القسط بل يضم القيمة عن التالف ويسترجع جميع الثمن ردا ظاهرا والوجه (الثاني) من اعتراض ابن الرفعة على أبي الطيب أن اختلاف العراقيين قيل انه من القديم وهذا بعيد لأن ذلك من رواية الربيع عن الشافعي رضي الله عنه وان فرعنا على هذا الوجه وأنه يضم قيمة التالف الى الباقي ويردها فاختلفا في قيمة التالف فالقول قول المشتري مع يمينه لانه حصل التالف في يده وهو الغارم وبه جزم القاضي حسين مع حكاية القولين في الصورتين الاولتين قال وكل موضع كان الغارم هو المشتري فالقول قوله وكل موضع كان الغارم هو البائع فعلى القولين وفي التتمة حكاية وجه آخر أن القول قول البائع لأن المشتري يريد ازالة يده عن الثمن المملوك له وذكر في الروضة انه شاذ (قلت) في مختصر البويطي بعد أن قال انه يرد القائم وقيمة التالف (قال) فان اختلفا في القيمة فالقول قول البائع من قبل أن الثمن كله قد لزم المشتري وهو يريد إسقاط الشيء عنه لما يدعي من كثرة قيمة الفائت اولا أقبل دعواه وهذا يدل للوجه الذي قاله في التتمة بل هو هو والقيمة هنا معروفة واعتبارها بيوم التلف على الأصح وليس كما تقدم على القول الآخر حيث يعتبر أقل القيمتين على الأصح أشار اليه الامام في باب التحالف *

(فرع) اذا ظهر العيب بالتالف فقط لم يرد الباقي قطعا ويرجع بأرش التالف *

(فرع) لو ظهر العيب بأحدهما أو بهما بعد بيع أحدهما فقد جمع الرافعي بين ذلك وبين ما اذا كان أحدهما تالفا وجزم الشيخ أبو حامد هنا أيضا بامتناع الرد لانه لم يحصل اليأس من الرد وقد تقدم فيما اذا كان المبيع واحدا وخرج بعضه عن ملكه أن الصحيح امتناع رد الباقي فاشتركت صورة التلف وصورة البيع في الترتيب على ما اذا كانا باقيين كما قال الرافعي رحمه الله

كل دلو بتمرة[1] ثم الحاجة داعية اليه ظاهرة وهو متفق على صحته الا ما يحكى فيه عن عبد الرحمن ابن كيسان الأصم والقاشاني (مقدمة أخرى) اختلف الأصحاب في أن المعقود عليه في الاجارة ماذا فعن أبي اسحق وغيره أن المعقود عليه العين ليستوفى منها المنفعة لأن المنافع معدومة ومورد العقد يجب

---

(١) (حديث) على أنه أجر نفسه من يهودي يسقي له كل دلو بتمرة ابن ماجه والبيهقي من حديث ابن عباس وفيه حنش راويه عن عكرمة عنه وهو ضعيف وسياق البيهقي تم وعندهما أن عدد التمر سبعة عشر ورواه أحمد من طريق علي بسند جيد ورواه ابن ماجه بسند صححه ابن السكن مختصرا قال كنت أدلو الدلو بتمرة وأشترط أنها جلدة *

لكن الصحيح فى الاولى الجواز وفى الثانية المنع وهذا الذى ذكرناه اذا باع أحدهما وكانا معيبين أو باع الصحيح وبقى المعيب (أما) لو باع المعيب وبقى الصحيح فلا يرد الباقى الآتي قطعا والكلام فى الأرش على مامر وتحقيق الصحيح فى ذلك يتوقف على تحقيق العلة فيما إذا باع البعض هل هو عدم اليأس أو غيره وسيأتى إن شاء الله ذلك بعد ثلاثة فصول *

﴿ فرع ﴾ استثني صاحب التلخيص من وجوب الأرش على القول بمنع الافراد مسألة واحدة وهى أن يكون قد باع أحدهما قال ينظر فإن كان صحيحاً لم يدلس فيه بعيب لم يرجع بنقصان العيب وان كان معيباً ففى هذا الموجود قولان (أحدهما) يرجع بنقصان العيب (١) والآخر ليس له الرجوع (قلت) لعل مراده إن كان المبيع صحيحاً من عيب حادث عند المشترى ولم يدلس فيه على المشتري (الثاني) لشيء حدث عنده فليس له الرجوع بالأرش لعدم اليأس من رجوع المبيع اليه ويردهما معاً وذلك يوافق ماقاله الشيخ أبو حامد وهو يجيء على المذهب على ماسيأتى خلافا لابى اسحق وان كان معيبا بعيب حدث عنده ففى رجوعه بأرش العيب فى الثانى قولان كما لو تلف أحدهما أو أعتقه بناء على تفريق الصفقة *

﴿ فرع ﴾ بما ذكرناه يتبين أن الخلاف فى الجميع ولكنها مراتب ففى العبدين إذا كان أحدهما تالفا الجواز قوى جداً ودونه اذا كان أحدهما معيبا والخلاف فيه قوى أيضا وان كان الاصح فيهما المنع ودونه اذا كانا باقيين فى ملكه والعيب بأحدهما ودونه اذا كانا باقيين والعيب بهما ودونه فى العبد الواحد إذا باع بعضه ودونه فى العبد اذا كان كله باقيا فى ملكه فهذه ست مراتب لايرد على الصحيح الا فى الأولى *

﴿ فرع ﴾ حكم نقص أحدهما حكم تلفه وعتقه وبيعه قال صاحب التلخيص وينبغى أن يكون كذلك مالم يرض البائع بأحدهما مع النقص الحادث فيصير كما لو لم يكن نقص ﴿ فائدة ﴾ أكثر الأصحاب يطلقون توزيع الثمن على العبدين باعتبار قيمتهما والرافعى فى هذا الباب قبل باعتبار قيمتهما الى سليمتين ولا يتأتى غير ذلك اذا كان المشتري جاهلا بالعيب فانه انما بذل الثمن على ظن السلامة ولو وزعنا الثمن عليهما على ماهما عليه من العيب أدى ذلك الى خبط وفساد دل عليه الامتحان فالصواب تقدير السلامة كما ذكره الرافعى هنا وهى فائدة عظيمة نافعة فى مسائل (منها) فى الشفعة حيث يأخذ الشقص بقسطه من الثمن وغيرها من المسائل (ومنها) فى المرابحة اذا وزع الثمن فيجبر بما يخصه من الثمن

أن يكون موجوداً وأيضا فان اللفظ مضاف الى العين ألا ترى أنك تقول أجرتك هذه الدار وقال المعظم العين غير معقود عليها لان المعقود عليه مايستحق بالعقد ويجوز التصرف فيه والعين ليست

بوصف السلامة ويجبر بالعيب الذي ظهر له ولا يجوز أن يجبر بقسطه من الثمن باعتبار العيب (ومنها) مسألة تقدمت في الربا في الصرف إذا باع دينارين بدينارين فخرج أحدهما معيبا اختار القاضي أبو الطيب وجماعة البطلان لأنه تبين أنه من قاعدة مد عجوة وأطلق الشيخ أبو حامد وجماعة الصحة واستشكله في ذلك الباب وابتديت له مأخذا بعيدا وبهذه الفائدة هنا يترجح فظهر مأخذ حسن يحمل عليه ويتمسك به فيه ويقوي على أبي طالب لأن الفساد في قاعدة مد عجوة من جهة التوزيع والتوزيع ههنا لا يقتضي المفاضلة إذا وزع باعتبار السلامة وإنما يقتضي المفاضلة إذا وزع عليها باعتبار العيب (ومنها) في تفريق الصفقة في الدوام إذا تلف أحد المبيعين قبل القبض (ومنها) في غير ذلك ولا يخفى الفروع بعد بيان القاعدة وهي قاعدة مهمة يجب الاعتناء بها وملاحظتها في مسائل كثيرة في أبواب متعددة *

(فرع) لا خلاف أنه لو ظهر العيب بالتالف وحده فليس له الرد لأن التالف لا يقبل الفسخ مقصودا أو مسوغا وإنما صح الفسخ في التالف تبعا قاله القاضي حسين وإنما ذكرته وإن كان واضحا لئلا يتوهم أن بقاء السليم مسوغ لورود الرد على المعيب في الصفقة التي شملته وليس لتكلف المبيع جملة إذ لا مورد أصلا فلذلك نبهت عليه *

(المسألة الثالثة من مسائل الكتاب) إذا اشترى اثنان من واحد عينا ووجدا بها عيبا وأراد أحدهما إمساك حصته والآخر رد حصته جاز على القول الظاهر المنقول عن نصه في كتبه الجديدة ومعظم كتبه القديمة وبه قال أحمد ومالك في رواية وأبو يوسف ومحمد وابن أبي ليلى ومنه أخذ الصفقة تتعدد بتعدد المشترى وهو الأصح ووجهوه بأنه رد جميع ما ملك مجارا كالمشترى الواحد قال الشافعي رحمه الله في المختصر ولو أصاب المشتريان صفقة واحدة من رجل بجارية عيبا فأراد أحدهما الرد والآخر الإمساك فذلك لهما لأن المعهود في شراء الاثنين أن كل واحد منهما مشترى النصف بنصف الثمن انتهى (والقول الثاني) ويحكى عن رواية أبي ثور عن القديم وقال أبو داود أنه مرجوع عنه وبه قال أبو حنيفة أنه ليس له الانفراد بالرد لأن العبد خرج عن ملك البائع كاملا والآن يعود اليه بعضه وبعض الشيء لا يشترى بما يخصه من الثمن لو بيع كله وربما أوردوا ذلك بعبارة أخرى فقالوا خرج عن ملكه مجتمعا أو صفقة واحدة ومن هذا القول أخذ أن الصفقة وإن تعدد المشترى متحدة على ما قاله الإمام لكن الصحيح المشهور الذي جزم به كثيرون أن الصفقة متعددة وبذلك منعوا من قال خرج عن ملكه

كذلك فان المعقود عليه المنفعة وبه قال أبو حنيفة رضي الله عنه ومالك وعا

إن الاجارة تمليك المنافع بعوض ثم حققوا ذلك بأن عتق الثوب مثلا ... في ثلاثة أمور (أحدها)

صفقه ومنعوا ايضا من قال خروج مجتمعا بما أشار اليه المصنف رحمه الله فى استدلاله من قوله إن البائع فرق الملك فى الايجاب أى فلم يخرج مجتمعا وأما من قال كلامك إن أريد بصفة الكمال فهى معنى وان أريد التأكيد فلا يفيد ومن هنا نعلم أن المصنف رحمه الله جازم بان الصفقة متعددة واعترض القائلون باتحادها وامتناع الانفراد بالرد مالو قال بعتكما هذا العبد بألف فقال أحدهما قبلت نصفه بنصف الثمن وبما إذا أحضر أحدهما نصف الثمن وأراد اجبار البائع على تسليم نصف العبد وبأن الشركة عيب وأجاب الاصحاب عن الاول بأن عندنا فى المسألة وجهين (أحدهما) يصح وهو الذى جزم به القاضى أبو الطيب وجماعة من العراقيين وأنه يلزم البيع فى حقه سواء قبل صاحبه أم رده وقيل إن للشافعى رحمه الله نصا فى الخلع يشهد له وقال الإمام إنه الأظهر فى القياس ورجحه الرويانى فى الحليـة (والثانى) وهو الأصح عند طائفة منهم الرافعى وهو الأظهر في النقل على ماقاله الامام لايصح (وان قلنا) بالتعدد فان صيغة ايجاب البائع تقتضى جوابهما فكأنها مشروطة بأن يجيباه معا فليس ذلك من حكم العقد وانما هو من مقتضى اللفظ عرفا وفى هذا نظر من جهة ان اشتراط ذلك يقتضي الفساد وعن (الثانى) أن الحكم عندنا أن البائع يجبر على تسليم نصيبه وسيأتي ذلك فى كلام المصنف فى آخر باب اختلاف التبايعين ان شاء الله تعالى وعن (الثالث) بان البائع هذا الذي شرط بينهما فلم يكن هذا العيب حادثا فى يد المشترى وقد عرفت بما ذكرته أن استدلال المصنف رحمه الله أمس بكلام المخالف من استدلال غيره بأنه رد جميع ماملك وان كان الكل صحيحا وقوله كما لو باع منهما فى صفقتين أى متعددتين لفظا فانهذه متعددة حكما لا لفظا وقال القاضى حسين الأولى أن نفرض الكلام فيما لو مات أحد المشتريين والبائع وارثه أو عاد الى البائع نصيب أحدهما بالبيع أو بالهبة كي يسقط حل كلامهم ان الشركة عيب ووافق أبو حنيفة رحمه الله على أنه إذا اشترى رجلان شقصا من واحد فللشفيع أن يأخذ نصيب أحدهما بالشفعة وهذا الذي التزمه الأصحاب من أن العقد متعدد هو المشهور وقال أبو المظفر بن السمعانى ان هذه طريقة سقيمة لايمكن تمشيتها ومن اعتمد عليها فلضعفه فى المعانى لأن قوله بعت منكما فى جانبه كلمة واحدة نعم فى جانب المشترى هى بمنزلة عقدين ولو جاز أن نجعل عقدين لتعدد المشترى لجاز ذلك لتعدد المبيع والمعتمد من الجواب أن الصفقة وان كانت واحدة لكن يجوز لأحدهما أن يرد لأن الخيار ثابت لهما وهو حق مشروع فيمكن من استيفائه على وجه لايؤدى إلى تفويت وإسقاط بعدم مساعدة الآخر له وأجاب عن كون الشركة عيبا بأن التي كانت بين المشتريين قدزالت والتي وجدت بين البائع والمشترى إنما

صلاحيته لأن يلبس (والثانى) الفائدة الحاصلة باللبس كاندفاع الحر والبرد (الثالث) نفس اللبس للتوسط

وجدت بعدم الرد والرد لا يعيب المبيع لكن يعيده الى ملك البائع ثم الشركة تثبت باختلاف الملك فلا يكون العيب الذي هو معلول الرد سابقاً لعلته وما قاله أولا لا يمكن تمشيته فأن من مقتضاه أن أخذ الوارثين لمشترى العين الواحدة مستقل بالرد وليس كذلك لما سيأتى إن شاء الله تعالى وما قاله ثانياً وإن كان محتملا فيمكن الانفصال عنه وقد ظهر لك بما تقدم أما ان قلنا باتحاد الصفقة منعنا انفراد احدهما بالرد (وإن قلنا) بالتعدد فقولان (أحدهما) المنع لضرر التبعيض هذا إذا نظرت الى التعدد والاتحاد أولا فلك أن تجعل القولين أولا فى الانفراد فأحرزنا فمن ضرورته تجويز التفريق وان منعنا الانفراد هل ذلك لحكمنا بالاتحاد أو لضرر التبعيض وان كانت الصفقة متعددة فيه وجهان وهذه الطريقة أوفق لكلامهم (والأصح) من الوجهين الثانى لما سيأتى من كلام البويطى * التفريع على هذين القولين ان جوزنا الانفراد فانفرد أحدهما فتبطل الشركة بينهما ويخلص للممسك ما أمسك وللراد ما استرد أو تبقى الشركة بينهما فيما أمسكه الممسك واسترده الراد حكى القاضى الماوردى فيه وجهين قال الرافعى أصحهما أولهما قلت والوجه الثانى بعيد جداً وكيف يقال إن نصف العبد الذى أمسكه الممسك يكون بينه و بين الراد والراد لم يبق على ملكه شيئا وكيف يقال إن نصف الثمن الذى استرجعه الراد يأخذ الممسك نصفه وهو لم يرد شيئا ووجهه الماوردى أنه لم يكن بينهما قسمة وهذا توجيه ضعيف لأن ذلك إنما يكون فى المعين لا فى المشاع فان النصف المشاع المردود مختص بالراد قطعا وحمله ابن الرفعة على ما إذا كان الثمن مشتركا بينهما وهذا الحمل قد يقال إنه يصح معه الاشتراك فى المسترد من الثمن أما بقاء الشركة فى نصف العبد الباقى فلا والتحقيق انه لا تصح الشركة فى المسترد من الثمن أيضاً لأن الثمن الذى كان مشتركا بينهما ملكه البائع ثم انتقض ملكه فى نصفه الشائع المختص بالراد حكم رده ويقسمه الراد والبائع وهو قسمة جديدة واردة على ملكيهما وليس للممسك فيها حظ ونصفه الشائع لم ينتقض الملك فى شيء منه فلا وجه لهذا الوجه أصلا * نعم قد تقدم لنا عن صاحب التقريب شذوذ فى جواز رد بعض العين الواحدة فعلى ذلك اذا قال الراد رددت النصف ولم يبين أنه نصفه وقلنا بأن هذه الصيغة تحمل على الاشاعة كما هو فى العتق وغيره على أحد الوجهين فيصح الرد فى نصف نصيبه ولكن لا يبقى نصيب الممسك مشتركا ولا المسترد من الثمن مشتركا فلم تصح الرد فى نصيب شريكه بل يبقى للراد ربع العبد وللممسك نصفه ويسترد الراد ربع الثمن وبالجملة فهذا الوجه الى

بينهما واسم المنفعة يقع عليهما جميعاً ومورد العقد المستحق إنما هو الثالث ويشبه أن لا يكون ما حكيناه خلافا محققاً لأن من قال المعقود عليه العين لا يعني به أن العين تملك بالاجارة كما تملك بالبيع ألا ترى أنه قال المعقود عليه العين لاستيفاء المنفعة ومن قال المعقود عليه المنفعة لا يقطع العلقة

الغلط أقرب ومن التفريع على هذا القول أنه لا يلزم الراد ضم أرش التبعيض الى ما يرده لأن البائع الذى أضر بنفسه قاله الامام * وان منعنا الانفراد فذاك فيما ينقص بالتبعيض (أما) مالاينقص كالحبوب ففيه وجهان مبنيان على أن المانع ضرر التبعيض أو اتحاد الصفقة فعلى الاول يجوز وعلى الثاني يمتنع وهوالذى جزم به القاضي حسين والتعليل الأول يمنع أخذ اتحاد الصفقة من هذا القول والوجهان المذكوران بيانهما حكاهما الرافعي والامام وقد تقدم عن نصه فى البويطى جواز ذلك فى المشترى الواحد ففي للمشتريين أولى ولذلك أصلح بعضهم بعض نسخ التنبيه وجعل إن اشترى اثنان عبداً ولفظ مختصر المزنى شاهد له ونقله بعضهم عن المختصر سلعة مكان جارية فيكون شاهداً للنسخ المشهورة ويكون كلام البويطى الذى حكيته مفيداً لذلك * وهذا اذا لم يقسماه فان اقتسماه فكذلك عند الامام وفيه فرض المسألة وبناه القاضي حسين فيما نقله ابن الرفعة على الخلاف فى القسمة ان قلنا إفراز (وان قلنا) بيع فكما لواطلع على العيب بعد بيع بعضه هكذا نقل ابن الرفعة عن القاضى ولم أره فى تعليقه هكذا لكنه لو قال فيما لواشترى مشاعا كنصف عرصة ثم قاسم المبيع ثم وجدعيباقديما ان قلنا القسمة افراز له الرد والالا كالو باع بعض المبيع قال وفيه نظر (قلت) أما البناء على أن القسمة افراز أو بيع فمتجه متعين (وأما) منع الرد اذا قلنا إنها بيع فيما اذا قاسم البائع فمشكل على القاضي حسين لأنه تقدم عنه أن المذهب فيما اذا باع بعض العين من البائع أنه يرد فينبغى أن يكون هنا الصحيح الرد على البائع اذا قاسمه على القولين وذكر القاضى فى الفتاوى اذا اشترى شقصا من ربع وقاسم شريكه ثم وجد به عيبا قال (إن قلنا) القسمة افراز له الرد (وان قلنا) بيع فهو باع نصف مافى يده بنصف مافى يد شريكه فيرد النصف الذى يملك من الشريك عليه فاذا رد يعود اليه النصف الذى يملك منه الشريك ثم يرد الكل بالعيب وإلا يبطل حقه لأن الرد يعقبه فسخ العقد لاختلاف الملك قال وعلى هذا لو اشتري عبدا بدراهم وباعه بثوب ثم وجد بالثوب عيبا فرده واسترد العبد وبه عيب قديم فان كان قدعلم به وهو فى يد المشترى الثاني له أن يرد لأنه قصد رد الثوب والعبد عاد لا باختياره وفيه وجه أنه لا يرده لأنه يرد الثوب اختار ملك العبد معيبا قلت هكذا قال القاضى وهو على رأيه الذى سنذكره فيما اذا باع المعيب ثم اشتراه عالما بعيبه أنه لايرده على الأول والصحيح خلافه ولو أراد الممنوع من الرد الأرش قال الامام ان حصل اليأس من امكان رد نصيب الآخر

عن العين بالكلية بل تسلم العين واسا كهامدة العقد لينتفع بها * وإذا عرفت هذه المقدمات فالاجارة تنقسم إلى صحيحة وإلى غيرها وإذا صحت ترتب عليها أحكام ودامت إلى انتهاء مدتها الا أن يعرض مايقتضى فسخاً أو انفساخاً فالكلام فى ثلاثة مقاصد أدرجها المصنف فى ثلاثة أبواب (أحدها)

بأن أعتقه وهو معسر فله أخذ الأرش وان لم يحصل تطر إن رضى صاحبه بالعيب فينبني على أنه لو اشترى نصيب صاحبه وضمه الى نصيبه وأراد أن يرد الكل ويرجع بنصف الثمن هل يجبر على قبوله كما فى مسألة النعل وفيه وجهان (ان قلنا) لا أخذ الارش (وان قلنا) نعم فكذلك فى أصح الوجهين لأنه توقع بعيد وان كان صاحبه غائبا لا يعرف الحال ففي الارش وجهان عن حكاية صاحب التقريب من جهة الحيلولة الناجزة * وقد بقى مسائل من هذا النوع لم يذكرها المصنف (منها) اذا تعدد البائع كما لو اشترى واحد عينا من رجلين فله رد نصف المبيع على أحد البائعين قاله القاضى حسين وغيره فان الصفقة تتعدد بتعدد البائع قطعا ووافقه أبو حنيفة رحمه الله فيه ولو اشترى واحد شقصين من رجلين فهل للشفيع أن يأخذ نصيب أحدهما فيه وجهان (أحدهما) نعم للتعدد (والثانى) لا للضرورة قال أبو حنيفة رحمه الله وقد تقدم مذهبنا ومذهبه فيما إذا تعدد المشترى قال القاضى حسين فمذهب أبى حنيفة فى الشفعة على عكس مذهبه في الرد بالعيب (ومنها) اذا تعدد العاقدان بأن اشترى رجلان عينا من رجلين فهو فى حكم أربعة عقود وكان كل واحد منهما اشترى ربع المبيع من هذا والربع من ذلك فله أن يرد نصيب أحد البائعين وكذلك أصحابه قاله القاضى حسين وغيره ولو اشترى ثلاثة أنفس من ثلاثة أنفس عبداً لكل واحد من الثلاثة أن يرد تسع العبد على كل واحد من البائعين الثلاثة لأن حكمها حكم العقود التسعة قاله الماوردى (ومنها) إذا تعدد المعقود عليه والعاقد معا بأن اشترى رجلان عبدين من رجلين فلكل واحد منهما رد الربع من العبدين على كل واحد من البائعين وهل له رد الربع من أحدهما على أحد البائعين على القولين فى تفريق الصفقة فى الرد هكذا قال القاضى حسين وقال أيضاً فى الصورة المذكورة بعينها فى هذا الموضع بعينه هل لكل منهما رد النصف من أحدهما على أحد البائعين على القولين هكذا رأيته فى النسخة وكأنها غلط والصواب أن يقال على البائعين بإسقاط أحد فان كل واحد من المشترين اشترى النصف من البائعين لا من أحدهما والتحقيق فى ذلك أن يقال لهما رد العبدين على البائعين قطعاً ورد نصفهما على أحد البائعين قطعاً وهل لأحدهما رد نصفهما على البائعين أو ربعهما على أحد البائعين فيه الخلاف فيما اذا اشترى اثنان من واحد وهل لأحدهما رد الربع من أحدهما على أحد البائعين على قولى التفريق فيما إذا اشترى عبدين من واحد هذا إذا كان كل من العبدين مشاعا بين البائعين (ومنها) إذا كان أحد العبدين لهذا والآخر لذاك وجمعا بينهما فى الصفقة

فى أركان صحة الأجارة (والثانى) فى أحكامها اذا صحت (والثالث) فى العوارض المقتضية للفسخ والانفساخ (أما الباب الأول) فقد يخطر لك أولا مترجمة بأركان الصحة فأضاف الأركان الى الصحة وكذلك فعل فى القراض وأضاف فى البيع وأكثر العقود الأركان الى نفسها فهل لذلك من سبب

وجوزناه على أحد القولين فهل له رد أحد العبدين بالعيب إن جوزناه فيما إذا كانا لواحد فهمنا أولى وإلا فوجهان والفرق أنه رد عليه جميع ما ملك من جهته قاله القاضي حسين وقد تقدم عنه وعن غيره أنه يرد نصف العين الواحدة على أحد البائعين فالقول هنا بأنه لا يرد بعيد (ومنها) إذا اشترى رجل عبدين من رجلين مشتركين بينهما فله أن يرد على أحدهما نصفي العبدين وليس له أن يرد نصفي العبدين عليهما ولو أراد رد نصف أحد العبدين على أحدهما فعلى قولين ولو أراد رد ربع العبدين عليهما أو على أحدهما لم يجز بحال قاله القاضي الحسين قال والحد فيها أن فيما هو الخير يثبت الخيار وفيما هو الشر وجهان (ومنها) اشترى اثنان عبدين من واحد فحكمهما ظاهر فيما تقدم لهما رد العبدين قطعاً ولأحدهما رد حصته منهما على الأصح كأحد المشتريين الواحد وليس له رد نصف العبد الواحد على الأصح كأحد العبدين مع المشترى الواحد ولم أرها مسطورة *

(فرع) جملة المسائل المذكورة ترجع إلى ثمانية أقسام أن يتحد الجميع أو يتعدد المبيع فقط أو المشترى فقط وهذه الثلاثة مذكورة فى الكتاب أو يتعدد البائع فقط أو البائع والمبيع أو البائع والمشترى أو المبيع والمشترى أو يتعدد الجميع ووجه أنه اما أن يتعدد الجميع أو يتحد الجميع أو يتحد واحد فقط أو يتعدد واحد فقط وفى كل من القسمين الآخرين ثلاثة *

(فرع) لو اشترى شيئا واحداً فى صفقتين نصفه بصفقة ونصفه بصفقة أخرى من ذلك الرجل أو من غيره جاز له رد أحد النصفين بالعيب دون الثانى بلا خلاف لتعدد الصفقة *

(فرع) هذا كله إذا تولى كل واحد منهما العقد بنفسه أو كان عن كل واحد وكيل واحد (أما) إذا عقد بالوكالة وحصل التعدد فى الوكيل أو فى الوكل فهل الاعتبار فى تعدد العقد واتحاده بالعاقد أو المعقود له فيه أوجه (أصحها) عند الأكثرين أن الاعتبار بالعاقد وبه قال ابن الحداد لأن أحكام العقد تتعلق به وخيار المجلس يتعلق به دون الموكل ويعتبر رؤيته دون رؤية الموكل (والثانى) الاعتبار بالمعقود له وهو الموكل قاله أبو زيد والخضرى ونسبه بعضهم إلى أئمة العراق وهو الأصح فى الوجيز (والثالث) الاعتبار فى طرف البيع بالمعقود له وفى الشراء بالعاقد قاله أبو اسحق المروزى ونسبه الرويانى إلى القفال والفرق أن العقد يتم فى الشراء بالمباشر دون المعقود له ولهذا لو أنكر المعقود له الاذن فى المباشرة وقع العقد للمباشر بخلاف طرف البيع قال الامام

والجواب أنه لافرق بين عقد وعقد فى الأمور المسماة أركانا فاذا أضيفت الى نفس العقد فعلى المعنى الذى حكيناه عن الوسيط فى أول البيع وان أضيفت الى الصحة فعلى المعنى الذى ذكرناه آخراً هناك وهى أنها أمور معتبرة فى الصحة على صفة مخصوصة (وثانيها) أنه عد الأركان دون العاقدين ثلاثة

رحمه الله وهذا الفرق فيما إذا كان التوكيل فى الشراء في الذمة فان وكله بشراء عبد بثوب معين فهو كالتوكيل بالبيع (والرابع) قال فى التتمة الاعتبار فى جانب الشراء بالموكل وفى البيع بهما جميعاً فأيهما تعدد تعدد العقد اعتباراً بالشقص المشفوع فان العقد يتعدد بتعدد للوكل في حق الشفيع ولا يتعدد بتعدد الوكيل حتى لو اشترى الواحد شقصاً لاثنين فللشفيع أخذ حصة أحدهما بالفلس ولو اشترى وكيلان شقصاً لواحد لم يجز للشفيع أخذ بعضه وفى جانب البيع حكم تعدد الوكيل والموكل واحد حتى لو باع وكيل رجلين شقصا من رجل ليس للشفيع أخذ بعضه واذا ثبت ذلك فى الشفعة ثبت فى سائر الأحكام قال صاحب التتمة وهذا أبعد الطرق لأن فى باب الشفعة يأخذ من المشترى فاذا أخذ نصف مافى يده أضر به وههنا يرد على البائع فاذا تعدد البائع وزد على أحدهما ما كان له لم يتضمن ضرراً واذا تعدد الوكيل واتحد البائع فرد عليه نصف ماله تضمن ضرراً وهذا الذى قاله صاحب التتمة صحيح ومدرك الشفعة غير مدرك هذا الباب ولذلك نقول فى الشفعة ان الصفقة تتعدد بتعدد المشترى جزما وفى البائع خلاف عكس مافى هذا الباب ففى كل باب ينظر إلى المعنى المختص بذلك الباب (والخامس) إذا كان الوكيل من جهة المشترى فالعبرة بالموكل (وان) كان من جهة البائع فالعبرة بالعاقد وهذا بالعكس مما قاله أبو اسحق حكاه القاضى حسين فى تعليقه وهو مغاير لما حكاه صاحب التتمة فهذه خمسة أوجه فى تعدد الصفقة واتحادها إذا جرت بوكالة ونقل صاحب التتمة عن القفال فيما إذا وكل رجلان رجلا فاشترى لهما عبداً قال وقال القفال إن كان البائع يعلم أنه وكيل رجلين فلأحدهما أن يرد نصيبه و إن كان البائع يعتقد أنه يشترى لنفسه أو اعتقد أنه وكيل لواحد فليس لأحدهما أن يرد النصف وهذا ليس وجها سادسا فى التعدد والاتحاد بل تفريع على القول بالتعدد وهكذا يقتضيه كلام القاضى حسين وغيره وعلى هذا مأخذه رضا البائع بالتبعيض وعدمه وهو من نص الشافعي رحمه الله فى الرهن إذا اشترى رجل له ولشريكه عبداً ورهن الثمن عيناً مشتركة ثم وفر أحد الشريكين نصيبه من الثمن انفك نصيبه من الرهن على أحد القولين وهل للبائع الخيار بخروج بعض الرهن عن يده قبل كمال حقه (قال) الشافعي رحمه الله إن كان البائع عالما بأنه مشتريه لنفسه ولشريكه وأن الرهن مشترك بينهما فلا خيار له و إن كان يعتقد أنه اشترى لنفسه على الخصوص أو لشريكه وأن الرهن لواحد فله الخيار وكذلك فى هذه المسألة ولا دليل فى ذلك على أن القفال يقول بالتعدد

وفى البيع مع المتعاقدين ثلاثة وسببه أنه فى البيع أخذ المعقود عليه بمطلقه ركنا وأنه يشمل العوضين وهاهنا جعل كل واحد منهما ركنا برأسه ولا فرق فى الحقيقة وقوله فى العاقدين ولا يخفى أمرهما أشار به الى مايعتبر فيهما من العقل والبلوغ كما تقدم فى سائر التصرفات * (الركن الأول الصيغة) وهى

لتعدد الوكيل فى الشراء ولا يخالفه كما تقدمت الحكاية عنه فى موافقة أبي إسحق ولكن مأخذه ماذكر وإنما ذكرت ما قاله مع الأوجه فى تعدد الصفقة واتحادها لأنا نحتاج اليه فى هذا المكان إذ المقصود ههنا مايترتب على هذا الأصل من الفروع فى الرد ولابد من التفريع عليه وقد يجيء في بعض الفروع بسببه ستة أوجه وضعف القاضى حسين قول أبي اسحق ورأى أن الصحيح مأخذ ابن الحداد ومأخذ أبي زيد وأن أصلهما أن وكيل الشراء هل يطالب بالثمن ووكيل البيع هل يطالب بتسليم المبيع *

﴿فروع﴾ على هذا الأصل (منها) لو اشترى وكيل لرجل شيئا فخرج معيبا فان قلنا بالأصح وهو اعتبار العاقد مطلقا أو لقول أبي اسحق فليس لأحد الوكيلين افراد نصيبه بالرد وبه قطع الماوردى وقاسه جماعة على مالو اشترى ومات عن اثنين وخرج معيبا لم يمكن لأحدهما افراد نصيبه بالرد وهل لاحد الموكلين والاثنين أخذ الارش سيتم التعرض له إن شاء الله تعالى عند ذكر المصنف مسألة الاثنين فى آخر الفصل ان شاء الله تعالى فهذا إذا قلنا بقول ابن الحداد وهو الاصح ويوافقه هنا قول أبي اسحق وإن قلنا بقول أبي زيد جاز لكل من الموكلين افراد نصيبه بالرد وكذلك على الوجه الذى حكاه صاحب التتمة والوجه الذى حكاه القاضى حسين على رأى القفال يفرق بين علم البائع وجهله إن علم جاز لاحدهما أن يرد نصيبه وان جهل فلا لانه لم يرض بتبعيض الملك عليه كذلك تقدم عن صاحب التتمة وقاله القاضى حسين وصاحب التهذيب ولم يعينا قائله فحصل فى هذا الفرع ثلاثة أوجه (ومنها) لو وكل رجلان رجلا ببيع عبد لهما أو وكل أحد الشريكين صاحبه فباع الكل ثم خرج معيبا هل الاصح وهو قول ابن الحداد لا يجوز للمشترى رد نصيب أحدهما وعلى الثلاثة الاوجه الاخر يجوز وعلى الخامس يقتضى أن لا يجوز وحكى الماوردى الوجهين هنا مع قطعه بالمنع أن التوكيل بالشراء كما تقدم يخالف بين الصورتين وهو يقتضى طريقة بان العبرة في جانب الشراء بالعاقد وفى جانب البيع وجهان ولذلك أبديت فيما تقدم نظرا فى قول من نسب قول أبي زيد إلى أئمة العراق (ومنها) لو وكل رجلين فى بيع عبده فباعه لرجل فعلى الوجه الأول يجوز للمشترى رد نصيب أحدهما وعلى الأوجه الأربعة الأخر لا يجوز (ومنها) على ماقاله الرافعى لو وكل رجلان رجلا

أن تقول أكريتك هذه الدار أوأجرتكها مدة كذا بكذا فيقول على الاتصال قبلت أو استأجرت أو اكتريت ولو أضافها إلى المنفعة فقال أكريتك منافع هذه الدار أوأجرتكها فوجهان (أظهرهما) وبه أجاب فى الشامل أنه يجوز ويكون ذكرا لمنفعته ضربا من التأكيد كما لو قال بعتك عين هذه الدار ورقبتها يصح البيع (والثانى) المنع وهو الذى أورده فى الكتاب لأن لفظ الاجارة وضع مضافا إلى العين

فى شراء عبد أو وكل رجلا فى شراء عبد له ولنفسه ففعل وخرج العبد معيبا فعلى الوجه الأول والثالث ليس للموكلين افراد نصيبه بالرد وعلى الثانى والرابع يجوز وقال القفال إن علم البائع أنه يشترى لهما فلأحدهما رد نصيبه لرضى البائع بالتبعيض وإن جهله قلت وهذا الفرع هو الأول بعينه وقد تكرر ذلك فى الشرح والروضة وأظن الحامل على ذلك أن صاحب التهذيب ذكر هذا الفرع كما هو هنا وذكر الحكم فيه بالرد ثم أعاده لأجل الكلام فى الأرش وغير عبارته فقال إذا اشترى رجل بوكالة رجلين لهما شيئا فذكرهما الرافعى بالعبارتين وقدم الثانى على الأول وذكر حكم الرد فى الموضعين وكان يستغني بالأول عن الثاني وتبعه فى الروضة على ذلك والله أعلم *

{ فرع } * نقل ابن الرفعة هذا الفرع المتقدم لو كان المشترى واحداً لنفسه ولموكله وصرح بذلك فى العقد فهل لأحدهما أن ينفرد بالرد فيه وجهان واختيار أبي إسحق لا والثاني وهو الأصح وبه قال ابن أبي هريرة نعم لأنهما بالذكر صارا كما لو باشرا حكاه صاحب البحر والقاضى أبو الطيب في كتاب الشركة * قلت وذلك مخالف لما ذكر أنه لا يصح هنا (والأصح) ما ذكروه هنا لأن الأصح أن الوكيل مطالب بالعهدة وإن صرح بالمباشرة (ومنها) لو وكل رجلان رجلا فى بيع عبد ورجلان رجلا في شراء فتبايع الوكيلان فخرج معيباً فعلى الأوجه (الأول) لا يجوز التفريق وعلى (الثاني) و(الرابع) يجوز فلهما أن يردا على أحد البائعين نصف العبد ولأحدهما أن يرد النصف عليهما وله رد الربع من أحدهما لأنه جميع مايملكه عليه وعلى (الثالث) فى جانب المشترى متحد دون البائع فيكون حكمه حكم الواحد يشترى من رجلين فلهما أن يردا نصيب أحد البائعين وليس لأحدهما أن يرد نصيبه عليهما وعلي (الخامس) يقتضي أنه كما لو اشترى اثنان من واحد عكس الثالث فلكل من الموكلين فى الشراء رد حصته بكمالها وليس له رد نصفها على احد الموكلين فى البيع وعلي ما قاله القفال يفرق بين العلم والجهل كما تقدم فهذه خمسة أوجه فى هذا الفرع وصاحب التتمة حكى فيه خمسة أوجه أيضاً لكنه لم يحك الوجه الذى قاله القاضى حسين وإنما ذكر الوجه الذي تقدم حكايته عنه والذى يظهر فى هذا الفرع أنه يتجه التفريع عليه وعلى الثانى كما قدمت وأما الرافعى رحمه الله فاختصره جداً وقال فعلى الوجه الأول لا يجوز التفريق وعلي الوجه الآخر يجوز هكذا رأيته فى النسخه الوجه

وإن كان العقد فى الذمة فقال ألزمت ذمتك كذا فقال قبلت جاز وأغني عن الأجارة والاكراء وإن تعاقدا بصيغة التمليك نظر إن أضافها الى المنفعة فقال ملكتك منفعتها شهراً جاز لأن الأجارة تمليك منفعة بعوض ولو قال بعتك منفعة هذه الدار شهرا فأحد الوجهين وبه قال ابن سريج أنه يجوز لأن الاجارة صنف من البيع (وأظهرهما) المنع لأن البيع موضوع لملك الأعيان فلا يستعمل فى المنافع كما لا ينعقد البيع

الآخر والمراد به قول أبي زيد ويكون قد يدل التفريع على بقية الوجوه الاربعة التي ذكرها في الروضة وبعض نسخ الرافعي وعلى الأوجه الأخر يجوز فمقتضاه أنه يجوز على الوجه الثاني والثالث والرابع فأما جوازه على الثاني والرابع فصحيح على إطلاقه كما تقدم وأما على الثالث فليس على إطلاقه وقد تقدم بيانه (ومنها) وكل رجل رجلين في بيع عبد ووكل رجل آخرين في شراء فتبايع الوكلاء فعلى الوجه الأول يجوز التفريق قال الرافعي والنووي وعلى الوجوه الأخر لايجوز والأمر كما قالاه على الوجه الثاني مطلقا وأما على الثالث فيكون كما لو اشترى اثنان من واحد وعلى الرابع كما لو اشترى واحد من اثنين وعلى الخامس كذلك ولا يخفى الحكم في ذلك والرافعي رحمه الله لم يذكر الوجه الخامس في أصل المسألة فحصل في هذا الفرع أربع طرق وهذه الفروع الخمسة ذكرها الرافعي رحمه الله وتقدمه بذكرها جماعة وهي في الرافعي والروضة ستة للتكرار الذي تقدم لنبيه عليه (ومنها) ولم يذكره الرافعي لو وكل الواحد رجلين في الشراء دون البيع قال القاضي حسين فعلى طريقة ابن الحداد والشيخ أبي إسحق للموكل أن يرد النصف وعلى طريقة أبي يزيد ليس له رد النصف قلت وعلى ماحكاه صاحب التتمة والذى حكاه القاضي حسين أيضا ليس له الرد ولا يأتي هنا الوجهان *

﴿ فرع ﴾ إذا صدر العقد بالوكالة فذلك على ستة عشر قسما لأنه إما أن يتحد وكيل البيع ووكيل الشراء وموكلاهما. وإما أن يتعدد الجميع واما أن يتحد واحد فقط وهو أربعة واما أن يتعدد واحد فقط وهو أربعة وإما أن يتعدد اثنان وهو ستة تقدم من هذه الأقسام الستة عشر ستة في الفروع الستة المذكورة وهي إذا تعدد واحد فقط بصوره الأربعة وقسمان من تعدد الاثنين وهما تعدد الوكيلين وتعدد الموكلين وبقيت عشرة منها اتحاد الجميع ولا حاجة اليه هنا والتسعة البقية لايخفى تدبرها وتفريعها على الفقيه وإذا أخذ مع هذه الأقسام تعدد العين المبيعة واتحادها كانت الأقسام اثنين وثلاثين فرعا يحتاج الفقيه في حكم كل منها وتفريعه إلى تيقظ والله أعلم *

﴿ فرع ﴾ فأما إذا جرى العقد بوكالة من أحد الطرفين فقط فستة عشر مسألة لأن العاقد لنفسه إما واحد أو متعدد وعلى التقديرين فالوكيل مع موكله أربع صور صارت ثمانية مضروبة في تعدد البيع واتحاده فهذه ستة عشر في البائع ومثلها في المشتري وقبلها اثنان وثلاثون وقبلها فيما إذا كان العقد بغير وكالة ثمانية وكل منها إما أن يفصل فيه الثمن أولا ولولا التطويل لذكرت كل صورة من ذلك وحكمها

بلفظ الاجارة هذا هو النقل الظاهر (وقوله) في الكتاب ووراءه شيئان غريبان (أحدهما) طرد صاحب التهذيب الوجهين في قوله بعتك منفعة هذه الدار فيما لو قال ملكتك منفعتها (والثاني) حكى أبو العباس الروياني طريقة قاطعة بالمنع فيما اذا قال بعتك منفعة هذه الدار ويجوز أن يعلم للاول (قوله) في الكتاب

ومايقتضيه التفريع فيها ولكن معرفة الأصل كافية للتنبيين والله أعلم * وانما ذكرت تعدد المبيع واتحاده وإن لم يكن له أثر فى تعدد الصفقة لأن له أثراً فى الرد بالعيب الذى نتكلم فيه كما تقدم والله تعالى أعلم *

﴿فرع﴾ هذا كله إذا جرى العقد بصيغة واحدة فلو جرى بصيغتين فلكل منهما حكمها وقد تقدم التنبيه على كل والله أعلم *

* قال المصنف رحمه الله تعالى *

﴿ فان مات من له الخيار انتقل الى وارثه لأنه حق لازم يختص بالمبيع فانتقل بالموت إلى الوارث كحبس المبيع الى أن يحضر الثمن ﴾ *

﴿الشرح﴾ قوله لازم احتراز من الحقوق الجائزة التى تبطل بالموت كالوكالة والشركة وخيار القبول وخيار الاقالة وخيار المكاتب ونحو ذلك (وقوله) يختص بالمبيع احتراز من خيار الرجوع فى الهبة والعيب فى المنكوحة هكذا ذكره المتكلمون على المهذب وقال أبو الطيب فى تعليقه يتعلق بعين المبيع وجعله احترازاً من الأجل فانه يتعلق بما فى الذمة والأعيان لا تقبل التأجيل وصورة المسألة اذا مات المشترى قبل الاطلاع على العيب أو بعد الاطلاع وقبل التمكن من الرد أو بحدث العيب قبل القبض بعد موت المشترى و يقدر ثبوته للميت ثم ينتقل كما فى سائر الأمور التقديرية وهذا الحكم من كون خيار العيب ينتقل للوارث لاخلاف فيه وقل من صرح به هنا ولكن فى خيار الشرط حيث يذكرون الخلاف فيه بيننا وبين الحنفية يقيسونه على خيار العيب *

﴿ قاعدة ﴾ الحقوق فى المذهب (منها) مايورث قطعا (ومنها) مالا يورث قطعا (ومنها) مافيه خلاف وجملة مايحضرنى من الحقوق الآن خيار الرد بالعيب وخيار الشفعة وخيار الفلس وحق حبس المبيع والرهن والضمان ومقاعد الأسواق وخيار الشرط وخيار تلقى الركبان وخيار تفريق الصفقة وخيار الامتناع من العتق وخيار الخلف وحق الحجر وحق الاقطاع وحق المرور والاختصاص بالكلاب وجلد الميتة ونحوهما وخيار المجلس وقبول الوصية وحق القصاص وحد القذف والتعذير وخيار الرؤية اذا أثبتناه والتحالف والعارية والوديعة والوكالة والشركة والوقف والولاء والخيار فى النكاح خيار القبول وخيار الاقالة وخيار

ويقوم مقامها لفظ التمليك ولو قال ملكتك أو بعتك هذه الدار لم تنعقد به الاجارة *

قال ﴿ الركن الثانى الأجرة ﴾ فان كانت فى الذمة فهى كالثمن حتى يتعجل (ح م) بمطلق العقد * وان كان معيناً فهو كالمبيع فيراعى شرائطه فلو أجر داراً بعمارتها أو بدراهم معلومة بشرط صرفها الى العمارة بعمل المستأجر فهو فاسد لأن العمل فى العمارة مجهول * ولو كانت الأجرة صبرة مجهولة جاز كما فى البيع * وقيل انه على قولين كما فى رأس مال السلم ﴾ *

الوكيل وحق الرجوع فى الهبة وحق الأجل والتعيين والتبيين فى ابهام الطلاق وفى نكاح المشرك وتفسير الاقرار بالمجمل والله أعلم *

(فرع) لو قطع ابن المشترى يد العبد المبيع قبل القبض ثم مات المشترى قبل التمكن من الاختيار وانتقل الارث الى الابن القاطع هل له الخيار بحق الارث قال الرويانى يحتمل أن يقال له الخيار لأنه يستفيد الخيار عن المورث لا عن نفسه بدليل أنه لو رضى بالعيب فى حياة المورث ثم مات الأب كان له الخيار فاذا صح هذا فان اختار اجازة البيع لم يغرم شيئا للقطع لأنه ملكه وان فسخ كان عليه نصف القيمة ويسترجع الثمن وفى القول الآخر يغرم نقص القيمة الحاقا بالمماليك بالأموال *

* قال المصنف رحمه الله تعالى *

(فان كان له وارثان فاختار أحدهما أن يرد نصيبه دون الآخر لم يجز لأنه تبعيض صفقة فى الرد فلم يجز من غير رضا البائع كما لو أراد المشترى أن يرد بعض المبيع) *

(الشرح) هذا الذى ذكره المصنف رحمه الله هو الصحيح وهو قول ابن الحداد وقطع به جماعة منهم القاضى حسين والامام وممن صححه الرافعى والجرجانى وقال الفورانى انه ظاهر المذهب واستدلوا له بأن أحد الاثنين لو سلم نصف الثمن لم يلزم البائع تسليم النصف اليه وبأنهما قائمان مقام المورث ولم يكن له التبعيض وهذا هو استدلال المصنف رحمه الله واحترز بقوله تبعيض عن خيار الشرط وبقوله الصفقة أى الواحدة عن المشترين وفيه وجه أنه ينفرد أحد الوارثين برد نصيبه لأنه جميع ماله حكاه الرافعى ونقله أبو اسحاق العراقى عن حكاية أبى على محتجا بالصحيح المشهور فى المكاتب إذا ورثه اثنان فأعتق أحدهما نصيبه أنه ينفذ والفرق بينهما ظاهر ونظره ابن الرفعة بقول فى الراهن إذا مات وخلف اثنين فوفى أحدهما من الدين بقدر نصيبه انه ينفذ نصيبه وبالجملة هذا الوجه ضعيف (وإذا قلنا) به فلا أرش وعلى الاول هل يجب الارش للذى منعناه من الرد فيه وجهان (أحدهما) يجب ونسبه الرويانى الى ابن الحداد لتعذر الرد كما بالتلف (والثانى) لا يجب لعدم اليأس فانه يرجو موافقة صاحبه قاله القاضى حسين والاصح التفصيل. إن حصل اليأس بأن علم الآخر بالعيب وأبطل حقه أو توانى مع الانكار رجع هذا بالارش وإن كان يرجو موافقة صاحبه لغيبته أو حضوره مع عدم اطلاعه فلا وهذا من القاضى رحمه الله قد يوهم أن فى المسألة ثلاثة أوجه (أحدها) أنه لا يجب

الاجارة تنقسم إلى واردة على العين كما إذا استأجر دابة بعينها ليركبها أو يحمل عليها أو شخصا بعينه لخياطة ثوب والى واردة على الذمة كما اذا استأجر دابة موصوفة للركوب أو للحمل أو قال ألزمت ذمتك خياطة ثوب أو بناء جدار فقبل وقوله استأجرتك لكذا أو لتفعل كذا وجهان

الارش مطلقاً وإن حصل اليأس لكن الذى قاله الاسلم وصاحب التهذيب والرافعي بجزموا به وجوب الارش فى حالة اليأس وهو الظاهر فليكن قول القاضي محمولا على أنه أراد تنزيل الوجهين على ذلك وعلته فى الوجه الثانى ترشد الى أن محله عند عدم اليأس وكلام الروياني يدل على ذلك فانه حكي قول الرد وقول آخذ الارش وقول التفصيل كما قاله القاضي ونسبه الى القفال وكذلك فعل صاحب التتمة قطع حالة اليأس بوجوب الارش وحكى الوجهين حالة عدم اليأس لوجود التعذر والكلام فى الوارثين كما صرح به القاضي حسين والرافعي أجاز تعيينه فيما إذا وكل اثنان واحداً بالشراء ومنعنا كلا من الوكلين من الانفراد برد نصيبه فهل له الارش فيه الخلاف المذكور فيحصل بذلك مع الوجه الذى حكاه الرافعي رحمه الله فى مسألة الوارثين ثلاثة أوجه (أصحها) لا يرد و يأخذ الارش إن أيس (والثانى) لا يرد الارش (والثالث) يرد وقولنا هنا على الاول أنه يأخذ الارش أى هل هو على سبيل التعيين أو للبائع أن يسقطه بالرضى بالرد الذى ذكره البغوي وكذلك قطع الماوردى فى مسألة الوارثين بأن البائع بالخيار بين أن يسترجعه بنصف الثمن و بين أن يعطي نصف الارش وهذا يقتضى أنه لا يكون هو الوجه الاول ويكون المراد أنه يأخذ الارش أى ان لم يوافق البائع على الرد وليس المراد انه يجب الارش عيناً رضى البائع أو سخط ويعضد هذا الاحتمال أن قول المنع الذى هو الصحيح منسوب الى ابن الحداد كما تقدم وهو مع ذلك قائل كما قاله القاضي أبو الطيب فى شرح الفروع أنه إذا طلب أحد الاثنين الارش يجبر البائع كما قاله الماوردى فعلى هذا إذا رضى البائع بالرد وسقط حق المشترى من الارش ويحتمل أن يكون كل من الكلامين محمولا على ظاهره فيكون فى المسألة أربعة أوجه والاحتمال الاول حتى يكون قول ابن الحداد مطابقاً على ماهو الصحيح ويدل عليه كلام صاحب التهذيب والتحقيق فى ذلك أنا إن جعلنا المانع كون الصفقة متحدة ولا يقبل التفريق شرعا فيمتنع ويجب الارش عيناً وليس للبائع الرضى بالرد وإسقاط حق المشترى من الارش (وإن) جعلنا المانع الضرر الحاصل للبائع بالتبعيض فاذا رضى بالرد فقد رضى بحصول الضرر له فيبطل حق المشترى من الارش (وأما) الرافعي رحمه الله فانه قال تبعاً لصاحب التهذيب فى مسألة الاثنين والموكلين فى الشراء إذا منعنا أحدهما عن الانفراد انه حصل اليأس عند رد الآخر فان رضي به وجب الارش هذا وإن لم يحصل فكذلك على الاصح فاما جزمه بالارش عند

(أظهرهما) أن الحاصل به إجارة عين للاصافة الى المخاطب كما لو قال استأجرت هذه الدابة (والثانى) ويحكى عن اختيار القاضي حسين أن الحاصل اجارة فى الذمة لأن المقصود حصول العمل من جهة المخاطب فكأنه قال استحققت عليك كذا وانما تكون اجارة عين على هذا إذا زاد فقال استأجرت

اليأس الحقيق لجيد وهو موافق لما تقدم عن الامام وقد تقدم أن كلام القاضى يوهم جريان الخلاف فيه وتأويله وأما بقية الكلام عليه ففيه مناسبة فى قوله ان اليأس عن رد الآخر بأن رضى بوجب الارش هنا وإن لم يحصل فلذلك يحصل برضى الآخر وقد تقدم هو عن الامام وقدمته عنه أن اليأس باعتاق الآخر وهو معسر (وأما) الرضا فانه قدم فيه خلافا عن الامام مبنياً على انه لو اشترى نصيب صاحبه وضمه الى نصيبه وأراد رده والرجوع بنصف الثمن هل يجبر البائع على قوله (ان قلنا) لاوجب الارش والا فكذلك فى الاصح فقطعه هنا بأن الرضا يحصل به اليأس مخالف لما ذكرهناك (وأما) قوله ان الاصح وجوب الارش اذا لم يحصل الرضا فهو فيه موافق لصاحب التهذيب وذلك مخالف لما صححه القاضى حسين والترجيح بين التصحيحين متوقف على تحقيق المأخذ فى وجوب الارش وهل هو اليأس أولا والاول هو الذى يقتضيه كلام الشافعى رضي الله عنه وسأذكره عندما اذا باع المبيع ثم اطلع على عيبه ان شاء الله تعالى واذا تحقق ذلك ظهر أن الاصح ماقاله القاضى حسين والا فالاصح على ماقاله الرافعى والبغوى *

﴿ فرع ﴾ إذا أوجبنا الارش للممنوع من الرد فهل هو أرش النصف أو نصف الارش قد تقدم فى كلام الماوردى فى الاثنين (الثانى) وهو كذلك فان الصفقة واحدة وأحد الوارثين يستحق نصف ما كان الميت يستحقه وهو مستحق عند تعذر الرد الارش كاملا فيستحق أحد وارثيه عند تعذر الرد نصفه (وأما) أحد الموكلين فى الشراء فمن حيث كون الصفقة واحدة اعتباراً بالوكيل على الاصح لنسبة مسألة الاثنين وفيه نظر من جهة أنهما لايتلقيان استحقاق الارش من غيرهما حتى ينقسم بينهما وانما يثبت لكل واحد أرش نقصان ملكه وقد يكون أرش النصف أقل من نصف الارش لانا نثبته من قيمة النصف وقيمة النصف أقل من نصف القيمة *

* قال المصنف رحمه الله تعالى *

﴿ وإن وجد العيب وقد زاد المبيع نظرت فان كانت الزيادة لاتتميز كالسمن واختار الرد ردمع الزيادة لانها لاتنفرد عن الاصل فى الملك فلا يجوز أن ترد دونها *

﴿ الشرح ﴾ الزيادة المتصلة التى لا تتميز كالسمن وتعلم العبد الحرفة والقرآن وكبر الشجر وكثرة أغصانها تابعة يرد الاصل ولاشيء على البائع بسببها ويجبر البائع على قول الدين زائدة وأوراق

عينك أو نفسك لكذا أو لتعمل بنفسك كذا واجارات العقارات لاتكون إلا من القسم الأول لأنها لا تثبت فى الذمة ألا ترى أنه لا يجوز السلم فى دار ولا أرض وإن وردت الاجارة على العين لم تجب الأجرة فى المجلس كما لايجب تسليم الثمن فى البيع ثم إن كانت فى الذمة فهى كالثمن فى الذمة فى جواز

شجرة الفرصاد اختلف الاصحاب فى أنهـا كالاغصان أو كالثمار وأوراق سائر الاشجار كالاغصان قالها الامام رحمه الله ولو اشترى غزلا فنسجه ثم علم به عيباً قال المـاوردى حكى ابن سريج فيـه قولين (أحدهما) يتخير المشترى بين الرد ولا أجرة له عن النسيج و بين الامساك وأخذ الارش لأن النساجة أثر لا عين (والثانى) أن البائع ان بذل الاجرة فله أن يسترده منسوجا و إن امتنع لزمه الارش لان النـساجة زيادة عمل فى مقابلة عوض قال الرويانى وهذا أصح عندى ولا يجوز غيره قال المحاملي وفى هذا نظر وان خيار البائع انما يترتب على إمساك المشترى وطلب الارش فكيف يجعل قولا ثانيا بل يتحرر الجواب فى المسألة بأن تقول المشترى بالخيار بين الرد ولا أجرة له و بين الامساك وأخذ الارش فان اختار الامساك كان للبائع دفع أجرة النـسج والرد فان اختار ذلك أجبر المشترى و إن لم يختر أجبر البائع على دفع الارش وقال صاحب التهذيب لو زاد المشترى فى المبيع شـيئا بصنعه بأن كانت داراً فعمرها أو ثوبا فصبغه ثم اطلع على عيب إن أمكنه نزع الزيادة من غير نقص نزعها ورد الاصل و إن لم يمكنه فان رضى البائع بأن يرده و يبقى شريكا فى الزيادة رد و إن امتنع أمسكه وأخذ الارش وسيأتى فرع طويل فى الصبغ فيـه زيادة على ما قال صاحب التهذيب هنا أذكره إن شاء الله عند الـكلام فيما إذا نقص المبيع *

* قال المصنف رحمه الله تعالى *

﴿ وإن كانت زيادة منفصلة كاكساب العبد فله أن يرد ويمسك الكسب لما روت عائشة رضى الله عنها «أن رجلا ابتاع غلاما فاقام عنده ماشاء الله أن يقيم ثم وجد به عيباً فخاصمه الى النبى صلى الله عليه وسلم ورد عليه فقال الرجل يارسول الله قد استغل غلامى فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم الخراج بالضمان » ﴾ *

﴿ الشرح ﴾ حديث عائشة هـذا رواه أبو داود وابن ماجه والحاكم فى المستدرك وقال صحيح الاسناد ولم يخرجاه وقد روى حديث عائشة هذا مطولا كما ذكره المصنف رحمه الله ومختصراً فالمطول من رواية مسلم بن خالد الزنجى شيخ الشافعى عن هشام ابن عروة عن أبيه عن عائشة كذلك رواه الشافعى فى الأم ورواه الأئمة المذكورون وقد وثق يحيى بن معين رحمه الله مسلم بن خالد يسأله العباس بن محمد عنه فقال ثقة وكذلك قاله فى رواية الدارمي عنه لـكن البخارى رحمه الله قال عنه

الاستبدال وفى أنه إذا شرط فيها التأجيل أو التنجيم كانت مؤجلة أومنجمة وإن شرط التعجيل كانت معجلة و إن أطلق ذكرها تعجلت أيضاً وملـكها المـكرى بنفس العقد واستحق استيفادها إذا سلم العين الى المستأجر و بهذا قال أحمد وقال أبو حنيفة ومالك لا تملك الاجرة عند الاطلاق بنفس العقد

انه منكر الحديث وقال أبو داود عقب روايته لهذا الحديث هذا إسناد ليس بذاك (وأما) المختصر فلم يذكر فيه القصة واقتصر على قول النبي صلى الله عليه وسلم «الخراج بالضمان» رواه أيضاً مسلم بن خالد عن هشام رواه عنه الشافعي رحمه الله في الأم وتابع مسلماً على روايته هكذا عمر بن على المقدمي وهو ثقة متفق على الاحتجاج بحديثه رواه الترمذى عن أبي سلمة يحيى بن خلف الجويبارى وهو ممن روى عنه مسلم فى صحيحه عن عمر بن على وهذا إسناد جيد ولذلك قال الترمذى فيه هذا حديث حسن صحيح غريب من حديث هشام بن عروة ولفظ الترمذى فى هذه الرواية أن النبي صلى الله عليه وسلم قضى أن الخراج بالضمان وقد روى مختصراً أيضاً من طريق هى أشهر من هذه وإن كانت هذه أحسن وأصح عن مخلد بن خفاف عن عروة رواه الشافعى رضي الله عنه فى الأم والمختصر رواه المختصر عن من لا يتهم عن ابن أبى ذؤيب وفى الأم عن سعيد بن سالم عن ابن أبي ذؤيب ورواه أبو داود والترمذى وقال حسن والنسائى والحاكم فى المستدرك من جهة جماعة عن ابن أبي ذؤيب عن مخلد وعن مخلد قال ابتعت غلاما فاستغليته ثم ظهرت منه على عيب فخاصمته فيه الى عمر بن عبد العزيز فقضي له برده وقضى على برد غلته فأتيت عروة فاخبرته فقال أروح اليه العشية فاخبره أن عائشة أخبرتنى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى فى مثل هذا أن الخراج بالضمان فعجلت الى عمر فاخبرته ما أخبرني عروة فقال عمر فما أيسر على من قضاء قضيته الله يعلم أنى لم أرد فيه إلا الحق فبلغنى فيه بسنة عن رسول الله صلى الله عليه وسلم فراح اليه عروة فقضى له أن أخذ الخراج من الذى قضى به علي له وقد تكلم فى مخلد وإسناده هذا فقال الازدى مخلد بن خفاف ضعيف وسئل أبو حاتم عنه فقال لم يرد عنه غير ابن أبي ذؤيب وليس هذا إسناداً يقوم به الحجة يعني الحديث وعن البخارى أنه قال هذا حديث منكر ولا أعرف لمخلد بن خفاف غير هذا الحديث قال الترمذى فقلت له فقد روى هذا الحديث عن هشام ابن عروة عن أبيه عن عائشة رضى الله عنها فقال انما رواه مسلم ابن خالد الزنجى وهو ذاهب الحديث وقال الترمذى بعد رواية المقدمي استغرب محمد ابن اسماعيل يعني البخارى هذا الحديث من حديث عمر بن على قلت يراه تدليساً قال لا واذا وقفت علي كلام هؤلاء الأئمة رضى الله عنهم قضيت بالصحة على الحديث كرواية المقدمى لاسيما وقد صرح البخارى بانتفاء التدليس عنها وان كانت غريبة وقضاء عمر بن عبد العزيز بهذا كان فى زمن أمرته على

كما لا يملك المستأجر المنفعة فانها معدومة ولكن يملكها شيئا فشيئا كذلك الأجرة إلا أن المطالبة كل لحظة مما يعسر فضبط أبو حنيفة باليوم وقال كلما مضى يوم طالبه باجرته وهذا رواية عن مالك رضى الله عنه قال فى رواية لا يستحق أخذ الأجرة حتى تنقضى المدة بتمامها لنا أن الأجرة عوض في معاوضة تتعجل

للدينة قال الترمذى والعمل على هذا عند أهل العلم قال وتفسير الخراج بالضمان هو الرجل يشترى العبد فيستغله ثم يجد به عيباً فيرده على البائع فالغلة للمشترى لان العبد لو هلك هلك من مال المشترى ونحو هذا من المسائل يكون فيه الخراج بالضمان وقال الازهرى الخراج الغلة يقال خارجت غلامى اذا واقفته على شيء وغلة يؤديها اليك فى كل شهر ويكون مخل بينه و بين كسبه وعمله قال الشيخ أبو حامد ومنه خراج السواد لأن الفلاحين كانوا يعطون شيئا من الغلة عن الأرض وقال الماوردى رحمه الله الخراج اسم لما خرج من الشيء من عين ومنفعة وقال القاضى أبو الطيب الخراج اسم للغلة والفائدة التى تحصل من جهة المبيع ويقال للعبد الذى ضرب عليه مقدار من الكسب فى كل يوم أو كل شهر مخارج قال وقولنا الخراج بالضمان معناه أن الخراج لمن يكون المال يتلف من ملكه فلما كان المبيع يتلف من ملك المشترى لأن الضمان انتقل اليه بالقبض كان الخراج له ولا يدخل على هذا ضمان المغصوب على الغاصب لأنه ليس له وانما هو ملك المغصوب منه مضمون على الغاصب والمراد بالخبر أن يكون ملكه مضمونا على المالك وهو أن يكون تلفه من ماله فاذا كان تلفه من ماله كان خراجه له ووزانه أن يكون خراج المغصوب للمغصوب منه لأن ملكه وتلفه منها من ماله والشيخ أبو حامد اعتذر عن هذا بأنه لم يقل الخراج بالضمان مطلقاً وانما قالت عائشة رضي الله عنها قضى فى مثل هذا أن الخراج بالضمان وفى ذلك الموضع كان الشيء ملكا له ولد حصل فى ضمانه وكل موضع يكون ملكا والضمان منه تكون الغلة له والمغصوب والمستعار والوديعة إذا تعدى فيها كل هذه المواضع لاملك فلم تكن الغلة له وهذا المعنى من كون المراد أن الخراج تابع للملك والضمان هو المعتمد ولا خلاف أن عدم الملك لا يكون الخراج له وقد رأيت فى كتاب الأزهرى على ألفاظ الشافعى رحمه الله أنه إذا اشترى الرجل عبداً بيعاً فاسداً فاستغله أو اشتراه ببيع صحيح فاستغله زمانا ثم عثر منه على عيب فرده على صاحبه فان الغلة التى استغلها من العبد وهى الخراج طيبة للمشترى لأن العبد لو مات مات من ماله لأنه كان فى ضمانه فهذا معنى الخراج بالضمان وهذا الذى قاله الأزهرى رحمه الله فى البيع الفاسد غلط لا يأتى على مذهبنا (واعلم) أن ما حكيته من كلام الأصحاب يقتضى أن اسم الخراج شامل للعين والمنفعة بالنص وكلام الشافعى رحمه الله فى الرسالة يقتضى خلاف ذلك وأنه قاس ماخرج من ثمر حائطه وولده على الخراج وأن الشاة المصراة إذا

بشرط التعجيل فتتعجل عند الاطلاق كالثمن وكذلك تقول يملك المستأجر المنفعة فى الحال وينفذ تصرفه فيها إلا أنها تستوفى على التدريج وقولهم بأنها معدومة يشكل بما إذا شرط التعجيل فان الشرط لا يجعل المعدوم موجوداً ثم قال الاصحاب المنافع إما موجودة واما ملحقة بالموجودات ولهذا صح إبراء

رضيها ثم اطلع على عيب آخر بها بعد شهر ردها ورد بدل لبن التصرية معها صاعا وأمسك اللبن الحادث قياساً قال ابن المنذر قال بظاهر قوله الخراج بالضمان سريج والحسن البصري وابراهيم النخعي وابن سيرين وسعيد بن جبير وبه قال مالك والثوري والشافعي وأبو اسحق وأبو عبيد وأبو ثور قال مالك في أصواف الماشية والشعور كذلك وقال في أولاد الماشية يردها مع الأمهات وقد ذكر أبو ثور عن أصحاب الرأي أنهم ناقضوا فقال في المشترى إذا كانت ماشية فحلبها أو نخلا أو شجراً فأكل من ثمرها لم يكن له أن يرد بالعيب ويرجع بالأرش وقال في الدار والدابة والغلام الغلة له ويرد بالعيب قلت قسم بعض أصحابنا الحاصل للمشترى من المبيع إما أن يكون غير متولد من العين أو متولداً منهما فالأول إما منافع كاستخدام العبد وتجارته وما اعتاد اصطياده واحتطابه واحتشاشه وقبوله الهدية والوصية ووجد أنه ركازاً أو لقطة ومهر الجارية إذا وطئت بالشبهة وأجرة المبيع اذا أجره وأخذ أجرته فكل ماحصل من ذلك نادراً كان أو معتاداً للمشترى أن يستأثر به ويمسكه ويرد المبيع وحده ويسترجع جميع الثمن قولا واحداً لاخلاف في ذلك للحديث هكذا قاله جماعة وعن الرافعي في تلف المبيع قبل القبض أن الموهوب والموصى به والركاز والكسب

العقد عليها وجاز أن تكون الاجرة دينا في الذمة ولولا أنها ملحقة بالموجودات لكان ذلك في معنى بيع الدين بالدين ويجب أن تكون الاجرة معلومة القدر والوصف كالثمن اذا كان في الذمة وقد روى أنه صلى الله عليه وسلم قال «من استأجر أجيرا فليعطه اجره[1]» فلو قال اعمل كذا لارضيك اواعطيك شيئا وما أشبهه فسد العقد واذا عمل استحق اجرة المثل ولو استأجر أجيراً بنفقته أو كسوته فسد خلافا لمالك وأحمد حيث قالا تجوز ويستحق الوسط ولابي حنيفة في المرضعة خاصة * لنا القياس على عوض البيع والنكاح وان استأجر بقدر معلوم من الحنطة أو الشعير ووصفه كما يجب في السلم جاز أو بارطال من الخبز ينبني على جواز السلم في الخبز ولو أجر الدار بعمارتها أو الدابة بعلفها أو الارض

---

(١) * حديث * من استأجر أجيراً فليعطه أجره البيهقي من حديث الأسود عن أبي هريرة في حديث أوله لايساوم الرجل على سوم أخيه رواه من طريق عبد الله بن المبارك عن أبي حنيفة عن حماد عن إبراهيم عنه قال وخالفه حماد بن سلمة فرواه عن حماد بن أبي سليمان عن إبراهيم عن أبي سعيد الخدري وهو منقطع وتابعه معمر عن حماد مرسلا أيضاً وقال عبد الرزاق عن الثوري ومعمر عن حماد عن إبراهيم عن أبي هريرة وأبي سعيد أو أحدهما أن النبي صلى الله عليه وسلم قال من استأجر أجيراً فليسم له أجرته وأخرجه اسحاق في مسنده عن عبد الرزاق وهو عند احمد وأبي داود في المراسيل من وجه آخر وهو عند النسائي في المزارعة غير مرفوع *

على الخلاف وسيأتى عن القاضى حسين ما يقتضى جريان الخلاف فى للهر قبل القبض عند التلف وقد حكى عن عثمان الليثى وعبد الله بن الحسن أنه يلزمه رد غلة العبد حقه * وقال عبيد الله ويرد الهبة التى وهبها أيضاً وكان شبهتهما أن الفسخ يرفع العقد من أصله وسيظهر الجواب عنه إن شاء الله تعالى * وعن أبي حنيفة أنه إن رد قبل القبض رد الكسب والغلة وجميع ماليس من غير الأصل مع الأصل وإن رد بعد القبض ولا يمنعه ذلك من الرد وما أظن أحداً يقول انه يجب عليه رد أجرة استخدامه للعبد وتجارته له وسكنى الدار وركوب الدابة ونحوه مما هى منافع محضة لا أعيان فيها * ولو قال ان الفسخ يرفع العقد من أصله ووجه الاعتذار عن ذلك لعله يتعرض له فيما بعد عند ذكر هذا الأصل ان شاء الله تعالى ﴿ فائدة لآخر ﴾ الموجود فى النسخ فى لفظ الحديث قد استعمل علامين - بالغين المعجمة واللام المشددة - وضبطه صاحب الاستقصاء - بالعين المهملة وميم بعدها وتخفيف اللام - وكل ما ذكر فى العبد فمثله فى الأمة إلا الوطء فسيأتى حكمه إن شاء الله تعالى وإلى هذا القسم أشار المصنف رحمه الله بقوله اكتساب العبد وكذلك سكنى وركوب الدابة كل ذلك أدخله الأصحاب فى اسم الغلة وان كان قد لايشمله اسم الزوائد الذى تضمنه كلام المصنف إن شاء الله تعالى وأما المتولد من الغير فسيأتى حكمه فى كلام المصنف *

* قال المصنف رحمه الله تعالى *

﴿ وان كان المبيع بهيمة فحملت عنده وولدت أو شجرة فأثمرت عنده رد الأصل وأمسك الولد والثمرة لأنه نماء منفصل حدث فى ملكه فجاز أن يمسكه ويرد الأصل كغلة العبد ﴾ *

﴿ الشرح ﴾ هذا هو القسم الثانى أن تكون الفوائد الحاصلة أعياناً متولدة من غير المبيع كالولد والثمرة واللبن والصوف الحادث بعد العقد وأوراق الفرصاد على أحد الوجهين كما تقدم وقد اختلف العلماء فى ذلك على ثلاثة مذاهب (مذهبنا) أنه يمسك الثمار والفوائد الحاصلة ويرد الأصل بالعيب إذا لم يكن قد نقص بذلك يعني فلا يغيره وبه قال أحمد (وقال) أبو حنيفة لا يكون له الرد ويأخذ الأرش (وقال) مالك يرد مع الأصل الزيادة التي هى من جنس الأصل وهى الولد ولا يرد ما كان من غير جنسه كالثمرة بل يرد الأصل وحده فوافقنا على الرد وخالفنا فى

بخراجها أومؤنتها لم يجز وكذلك لو أجرها بدراهم معلومة على أن يعمرها ولايحسب ماأنفق من الدراهم وكذا لو أجرها بدراهم معلومة على أن يصرفها فى العمارة لأن الأجرة الدراهم والصرف إلى العمارة والعمل في الصرف مجهول وإن كانت الدراهم معلومة ثم إذا صرفها إلى العمارة رجع بها ولو أطلق العقد ثم أذن له فى الصرف فى العمارة وتبرع به المستأجر جاز فان اختلفا فى قدر ما أنفقه فقولان

إمساك النتاج * وأبوحنيفة رحمه الله خالفنا فى الرد ومعتمدنا فى جواز الرد وجود العيب * وفى إمساك الفوائد الحديث فان الخراج يشمل كل ماخرج عيناً كان أو منفعة وقد ورد فى رواية أخرى أن الغلة بالضمان والغلة تشمل الثمرة وغيرها * والمصنف رحمه الله جعل الدليل فى ذلك القياس على غلة العبد التى ورد النص فيها * وأبوحنيفة يسلم الحكم فيها قبل القبض ومالك رحمه الله يسلم الحكم فيها مطلقاً ومعتمد المخالفين أمران (أحدهما) أن الفسخ رفع للعقد من أصله وهذه قاعدة ينبنى عليها فروع هذ الفصل وقد اختلف أصحابنا فيها والمذهب (الصحيح)وبه قال ابن سريج أن الفسخ يرفع العقد من حينه لا من أصله لان العقد لاينعطف حكمه على ما مضى فكذلك الفسخ وبدليل أنه لايسقط به الشفعة ولو انفسخ من الاصل لسقطت ولأنه لوباع عبدا بجارية فأعتق الجارية ثم رد العبد بالعيب لم يبطل العتق به ولو كان فسخا من الأصل لبطل ولافرق فى ذلك بين أن يكون الفسخ قبل القبض أو بعده * وفيه وجهان آخران (أحدهما) أنه إن اتفق قبل القبض يرفعه من أصله لأن العقد ضعيف بعد فاذا فسخ فكأنه لا عقد بخالف مابعد القبض ولا فرق فى ذلك كما اقتضاه كلام الامام بين أن يكون العيب مقارنا للعقد أو حدث قبل القبض قال ابن الرفعة وفى الثانى نظر كيف يتقدم على سببه ولعل ذلك لأن ماقبل القبض ملحق بما قبل العقد فى الضمان وفى ذلك أيضا (والثانى) أنه يرفعه من أصله مطلقا تخريجا من القول بوجوب مهر المثل اذا فسخ النكاح بعيب حدث بعد المنتبش وهذا الوجه حكاه الرافعى عن التتمة هكذا وهو فى التتمة لكن ليس فيها التصريح بقوله مطلقا ومراد الرافعى بالاطلاق بالنسبة الى ماقبل القبض وبعده (وأما) بالنسبة الى العيب المقارن والطارىء فلم يتعرض لذلك وفى التتمة توجيه الوجه الذى حكاه بأن سبب الفسخ قارن العقد وهو العيب فيستند الحكم اليه ويجعل كانه جمع فى العقد بين موجود ومعدوم حتى يصير كأن العقد لم يكن قال ابن الرفعة وهذا من كلام يقتضى اختصاص هذه الطريقة بالعيب المقارن وفى العيب الحادث يعني قبل القبض اذا فسخ به بعد القبض ينبغى أن يضاف الفسخ تفريعا عليها الى وقت حدوث العيب لا الى أصل العقد كما نقله عن بعض الأصحاب فى فسخ النكاح (قلت) وهذا جوابه ماقدمه هو من التسوية بين ماقبل القبض وما قبل العقد كما اقتضاه كلام الامام رحمه الله من التسوية بين العيب المقارن والطارىء فى جريان الخلاف قبل القبض

فى أن القول قول من * ولو سلم إليه ثوباً وقال ان خطته اليوم فلك درهم و إن خطته غداً فلك نصف درهم فالعقد فاسد والواجب أجرة مثله فى أى يوم خاطه (وقال) مالك وأبو حنيفة ان خاطه اليوم استحق درهما وان خاطه غداً استحق أجرة المثل * وان قال ان خطته رومياً فلك درهم وان خطته فارسياً فنصف درهم فهو فاسد خلافاً لأبى حنيفة والخياطة الرومية بغرزتين والفارسية بغرزة و إذا

فعلي الطريقة التي حكاها صاحب التتمة يكون كذلك ولو ثبت ماأشار اليه ابن الرفعة واقتضاه كلام صاحب التتمة لزم اثبات وجه باستناد الفسخ الي حالة حدوث العيب سواء حصل الفسخ قبل القبض أم بعده ولا نعلم من قال به في شيء من الحالتين * وقال أبوحنيفة رضى الله عنه الرد بالعيب قبل القبض يرفع العقد من أصله وأما بعد القبض فان كان بالتراضي فيرفعه من حينه وان كان بحكم الحاكم فيرفعه من أصله واستدل أبوحنيفة علي أن الفسخ يستند الى الأصل بأنه لا تجب فيه الشفعة * وأجاب أصحابنا رحمهم الله بأن الأقالة لا تجب فيها الشفعة ومع ذلك لا ترفع العقد من أصله وجعلوا الرد في كونه رافعا من حينه مقيسا على الاقالة ثم قالوا لو كان الرد بالعيب يرفع العقد من أصله لابطل حق الشفيع وهو لا يبطله فدل على أن الفسخ قطع العقد من حينه * إذا ثبت هذا الأصل فنحن نقول بأنه يرفع العقد من حينه فلذلك تكون الزيادة الحادثة في ملك المشتري له ولا يمنعه ذلك من فسخ العقد كالاقالة وأبو حنيفة رحمه الله يقول لما كان الرد بالعيب يرفع العقد من أصله لأنه جبر له بخلاف الاقالة أوجب ذلك أن يرد النماء الحادث لكنا أجمعنا أي نحن وأنتم على أنه لا يلزمه رد النماء فدل على أنه لا يجوز الرد وأيضاً قالوا لا يجوز رده بدون النماء المنفصل كالمتصل ومالك رحمه الله يجري قوله في رد الولد علي هذا الأصل لكنه يلزمه ذلك في سائر الزوائد والثمرة أولى بالرد إذا كانت مؤبرة حين الرد لأنها متصلة والولد منفصل فلما وافق على عدم ردها لزمه ذلك في النتاج * وأما أبوحنيفة رحمه الله فيلزمه التسوية بين الكسب الحاصل من غير العين والنتاج والثمرة الحاصلة من العين وقد فرق بينهما فقال يجوز الرد وبقية الأكساب له بعد القبض دون ماقبله كما تقدم وقال هنا يمنع الرد وذلك تناقض بل كان اللائق بأصله أن يستوى بين الجميع وأن يجوز الرد و يرد الزوائد كلها (الأمر الثاني) أن الزيادة الحادثة بعد البيع مبيعة تبعا لأنه لا سبب للملك فيها الا سراية الملك من الأصل اليها والأصل مبيع فيسرى حكمه اليها على صفته ومع هذا الأصل لا يحتاج في رد الفوائد الى أن العقد يرتفع من أصله بل يرد الفسخ على الولد مع الأصل وهذا قول المالكية و به تتمسك الحنفية أيضا ونحن نسلم أن سراية الملك من الأصل اليها والأصل مبيع فيسرى حكمه اليه (١) حاصلة ولكن سراية العقد لا معنى لها فان العقد لا يرجع الى وصف المحل المعقود عليه اذ لا معني لكونه معقودا عليه الا كونه مقابلا بالثمن بحكم صيغة العقد وهذه

(١) ياض بالأصل حرر

شرط التأجيل في الاجرة فحل الأجل وقد تغير النقد فالاعتبار بيوم العقد وفي الجعالة الاعتبار بيوم اللفظ أو بيوم تمام العمل حكى الامام فيه وجهين (أصحهما) الاول و وجه الثاني أن الاستحقاق يثبت بتمام العمل * هذا إذا كانت الاجرة في الذمة * فان كانت معينة ملكت في الحال كالمبيع واعتبرت فيه الشرائط المعتبرة في المبيع حتى لو جعل الاجرة جلد شاة مذبوحة قبل السلخ لم يجز لانه لا يعرف

للقابلة لم تحصل الزيادة وعلى هذا الأصل تخرج مسائل الأولاد فى الطرد والعكس أما ولد المرهونة فليس مرهون عندنا فان التوثق بالمرهون لا يرجع الى صفة فيه وولد المرهونة ليس مرهونا بالاتفاق حتى لا يتعدى حق الرجوع اليه لأن الرجوع سلطة المنعم فيما أنعم به ولم ينعم إلا بالأم والولد متولد من الموهوب يسرى اليه ملك الهبة لا عقد الهبة وولد الأضحية المعينة وولد المستولدة كأمهما لأن الملك فى المستولدة نقص بالاستيلاد وصار ذلك وصفا لها والشاة صارت كالمسلمة الى الله تعالى من وجه وكالناقة من وجه وهذا راجع لصفتها وولد المكاتب وولد المدبرة فيهما اختلاف قول ومنشأه التردد فى أن نقصان الملك من المكاتبة هل يضاهى النقصان فى المستولدة أم يقال الكتابة حجر لازم كالحجر فى المرهون* فتبين بهذا أنه أنما يسرى الى الولد ما كان وصفا للام والخصم يرد ذلك فى الرهن والبيع الى صفة فى المحل و يزعم أن ذلك وصف شرعي كالتضحية والاستيلاد* فهذا فصل مقيد فى هذا المعني من كلام الغزالى رحمه الله قال والنظر فى الفرق والجمع فى هذه الصورة دقيق والطريق فيه مانبهنا عليه واذا تمهد أن الزيادة ليست مبيعة بطل القول برد النتاج والاكساب و بطل القول بذلك فيما قبل القبض أيضا و بطل منع الرد بسببها بعد القبض لأنها إذا لم تكن مبيعة فالبيع هو الأصل وقد تمكن من رد ما اشترى كما اشترى فليجز له الرد بعيب قديم لم يرض به كما إذا هلكت هذه الزوائد* ثم على أبي حنيفة رحمه الله في هذا الطريق مزيد إشكال فانه إن كان مبيعا فليرد الأصل معها كما قاله مالك وكما قاله أبو حنيفة قبل القبض وان لم يكن مبيعا فامتناع الرد بسببه لا معنى له* وعند هذا قد تم النظر فى مذهبنا* هذا كلام الغزالى رحمه الله فى المأخذ وقد تكلم الأصحاب فى الاولاد فى كتاب الرهن وهى ولد المرهونة وأم الولد والمكاتبة والمدبرة والمعتقة بصفة والاضحية والمدبرة والجانية والضامنة والشاهدة والوديعة والعارية والمستأجرة والمغصوبة والمأخوذة بالسوم والموصي بها والزكاة وان يسر الله تعالى من الوصول الى الرهن أذكر تفصيلها هنالك ان شاء الله تعالى وله أكمل* وههنا تنبيهات (أحدها) أن الذين قالوا من أصحابنا إن الرد يرفع العقد من أصله لم نعلم أحداً منهم يقول بامتناع الرد كما يقوله أبو حنيفة لا قبل القبض ولا بعده وذلك يدل على أحد أمرين إما ضعف القول المذكور و إما أنه لا تلازم بينه و بين امتناع الرد كما تقدم فى البحث مع أبي حنيفة وكلام الامام والغزالى مايشعر بالملازمة

حاله فى الرقة والثخانة وسائر الصفات قبل النساج وهل تغني مشاهدتها عن معرفة القدر فيه طريقان (أحدهما) أنه على القولين فى رأس مال السلم لان الاجارة تعرض للفسخ والانفساخ لتعذر استيفاء المنافع كالسلم لانقطاع المسلم فيه (والثانى) القطع بالجواز لان المنافع ملحقة بالاعيان الموجودة لتعلقها بالعين الحاضرة وكيف ما كان فالظاهر الجواز* هذا فى اجارة العين (النوع الثانى) الاجارة الواردة

بينهما فان كان كذلك فلعل سكوتهم عن طرد القول المذكور يضعفه (الثانى) أن مقتضى القول برفع العقد من أصله وان كان بعد القبض أن يرد الزوائد والاصحاب رحمهم الله حكوا قولين فى رد الزوائد ان كان الرد قبل القبض وبنوهما على الخلاف فى الطريقة المشهورة أن الفسخ رفع للعقد من أصله أو من حينه فعلى الاول يرد وعلى الثانى وهو الصحيح لا يرد (أما) اذا كان الرد بعد القبض فلم نعلم أحداً يقول برد الزوائد ومقتضى الطريقة التى نقلها صاحب التتمة أن يجري الخلاف فيها أيضا وابن الرفعة اعتذر عن ذلك بأنه لعل من يقول بأنه يرفع العقد من أصله و إن أطلقه يريد به ماذكره الغزالى رحمه الله فى كتاب الصداق حيث تكلم فى الفرق بين الزيادة المتصلة فيه وفى الصداق وهو أن الرد بالعيب يرفع العقد من أصله بالاضافة الى حينه ثم اعترض على نفسه بأن مثل هذا يجوز أن يقال فى الرد قبل القبض ولم يقولوا به بل جزموا على القول بأنه يرفع العقد من أصله بأن الزوائد للبائع وأجاب بأن الذى أحوجهم اليه بعد القبض استقرار العقد والاستقرار معقود قبله (الثالث) أن كلام المصنف رحمه الله جازم بعدم رد الولد والثمرة من غير تفصيل وهو كذلك فيما إذا كان الرد بعد القبض أما قبل القبض ففيه الخلاف كما تقدم لكن طريقة العراقيين كما جزم به المصنف رحمه الله من القطع بعدم رد الزوائد وأن الرد فسخ للعقد من حينه لا من أصله وانما الخلاف فى طريقة غيرهم والاصح عند غيرهم أيضا كما جزموا به (الرابع) قد علمت أنه لاخلاف أن الرد اذا وجد بعد القبض لا يرد معه الزوائد ولا فرق فى ذلك بين الزوائد التى حصلت بعد القبض والتي حصلت قبله بلا خلاف وانما محل الخلاف فى الزوائد قبل القبض اذا كان الرد قبل القبض وقد وقع فى الوجيز مايوهم خلاف ذلك فانه قال يسلم الزوائد للمشترى إن حصلت بعد القبض وكذلك لو حصلت قبله على أقيس الوجهين وحملوا ذلك على أنه طغيان قلم بزيادة التاء ويكون المراد حصل أى الرد ويستقيم الكلام (الخامس) فى عبارة كثير من الفقهاء ومنهم الرافعى أن الفسخ رفع للعقد من حينه وقيل من أصله وفى عبارة آخرين منهم القاضى حسين والامام أن الرد قطع للعقد من حينه ولا يستند ارتفاع العقد لى ماتقدم وفى عبارة الماوردى شيء منه ويعرض فى ذلك بحثان (أحدهما) هل الرفع من حينه والقطع بمعنى واحد أولا (والثانى) أن الرفع من أصله هل معناه تبين عدم العقد أو الملك أم لا (والجواب) أما الأول فالرفع

على الذمة فلا يجوز فيها تأجيل الأجرة والاستبدال عنها ولا الحوالة بها ولا عليها ولا الابراء بل يجب التسليم فى المجلس كرأس مال السلم لأنه سلم فى المنافع وان كانت الأجرة مشاهدة غير معلومة القدر فهي على القولين فى رأس مال السلم ولا يجيء ههنا الطريق الآخر * هذا إذا تعاقدا بلفظ السلم بأن قال سلمت إليك هذا لدينار فى دابة تحملنى إلى موضع كذا فان تعاقدا بلفظ الاجارة بأن قال

والقطع ليسا بمعني واحد فان القطع صادق على قطع النكاح بالطلاق وقطع الملك بالبيع وكثير من أسباب الانتقالات ولا يسمى شيء من ذلك رفعا والرفع من حينه يسمى قطعا لأنه انقطع به الملك حقيقة فالرفع من حينه أخص من القطع فكل رفع من حينه قطع وليس كل قطع رفعا والله أعلم وقع فى كلام الامام والماوردى رحمهم الله تسميته بالقطع والسر فى الفرق بين الرفع والقطع الذى ليس برفع أن الرفع معناه إبطال أثر العقد المتقدم واستصحاب ما كان قبله حتى أن الملك العائد بعد الفسخ من آثار السبب المتقدم علي العقد السابق وليس ملكا جديدا بالفسخ بخلاف البيع وسائر أسباب الانتقالات فانها مقتضية ملكا جديداً هو من آثار هذه الأسباب وليس أثر السبب سابقا ولا يبطل العقد المتقدم على هذا انتقال بل هذا الانتقال بالبيع هو من آثار الشراء السابق فافهم ذلك فان الانسان إذا اشترى عينا فكل تصرف يصدر منه فيها ببيع أو غيره هو مستفاد من شرائه (وأما) الفسخ فانه نقض لشرائه وابطال له (وأما الثانى) وهو أن الفسخ من الأصل هل معناه تبين عدم الملك فهذا هو المتبادر الى الفهم لا بمعنى أنا نتبين أن العقد لم يوجد فان العقد موجود حسا بل بمعنى أنه يتبين ارتفاع أثره وأن الملك لم يحصل وهذا بهذا التأويل فى نهاية الاشكال فان السبب الرافع للعقد هو الفسخ فكيف يتقدم المسبب على سببه ولا يخلص من ذلك أن نقول إنه بطريق التبيين لأنه يلزم أن يكون العقد الصحيح قد وجد مستجمعا لشرائطه ولم يترتب أثره عليه ولا يقال أن من شرطه عدم طريان الفسخ عليه لأن ذلك أمر لا غاية له ولا يرتبط الحكم به ولا يشك أن الملك حاصل الآن اذا جمعت شروطه ولا يوقف الامر فى ذلك على أمر مستقبل ولو كان الامر على ذلك وانما يتبين عدم الملك لكان ينبغى أن يجب رد أجرة الاستخدام وسكني الدار وركوب الدابة بل كان يلزم أن يجب علي المشترى أجرة ملك المدة التى أقام المبيع تحت يده سواء فوتها أم فاتت بنفسها الا أن يقال إن ذلك مأذون فيه وقد أباحه له البائع لكنا نقول انه انما أباحه واذن فيه بمقتضى العقد هذا والعقد هو المتضمن للاباحة فاذا ارتفع ارتفعت وكان يلزم أن يتبين بطلان الهبة التى وهبت له اذا اشترطنا اذن السيد فى القبول لأنه لم يأذن وأن يكون للمهر اذا وطئت بالشبهة باقيا فى ذمة الواطىء وأما قبضه المشترى منه لم يقع الموقع لعدم ملكه وأن يكون ما أخذه المشترى من صيد وحطب وحشيش واستهلكه يجب عليه قيمته للبائع وقد تقدم من كلام الغزالى عن الحنفية ما يقتضي أن الزوائد الهالكة لا تمنع من

استأجرت منك دابة صفتها كذا لتحملنى إلى موضع كذا فوجهان بنوهما على أن الاعتبار باللفظ أم بالمعنى (أصحهما) عند العراقيين والشيخ أبي على أن الحكم كما لو تعاقدا بلفظ السلم لأنه سلم فى المعنى وتابعهم صاحب التهذيب على اختيار هذا الوجه لكنه لا يلائم مصيره فيما اذا أسلم بلفظ

الرد وأن امتناع بقاء الولد على ملك المشترى بعد الرد لأنه يصير مبيعا بغير عوض وهذا يفهم أن المحذور من القول بقاء الولد على ملك المشترى أنه يصير ملكا لاسبب له على القول بارتفاع العقد من أصله وهو يفيد أن المقصود بارتفاع العقد من أصله ليس هو بطريق السهل بل كما قاله الغزالى رحمه الله فى كتاب الصداق أو أنه يرتفع من أصله بالاضافة أوالى حينه أى فى هذا الوقت بحكم ارتفاع جملة آثار العقد ومن جملة آثاره ملك النتاج والكسب للوجود فيرتفع الملك فيها على هذا القول ويعود الى البائع فيرجع حاصل القول بأنه يرتفع من أصله الى أن المراد ارتفاع جملة آثاره من الآن والمراد بارتفاعه من حيث أنه لا ترتفع آثاره وانما يرتفع الملك فى المبيع فقط وهذا تفسير لايسبق الذهن اليه فان ثبت أن الزوائد الهالكة غير مضمونة وأن قبوله الهبة وتصرفه بأذن المشترى صحيح وقبض المشترى لمهر الشبهة صحيح وجب الحمل على هذا المعنى وحينئذ لايشكل عليه عدم وجوب أجرة الاستخدام والسكنى والركوب ولم أجد الأصحاب صرحوا فى هذه المسائل بشىء بل كلامهم يقتضى كالصريح أنه لايجب أجرة الاستخدام ونحوها وانما الخلاف فى الاكساب والأعيان الحادثة من نفس المبيع * وأما الحنفية فعندهم الاكتساب والصيد لايملك بملك الاصل بل باليد فلا يمنع الرد عندهم وكذلك أجرة الاستخدام ونحوها لاتجب على أصلهم ولكن ان وافقونا على عدم لزوم قيمة الولد الهالك والمسائل المتقدمة احتاجوا الى الحمل على المعنى المذكور كما احتجنا اليه * ونحن اليه أحوج لاجل عدم لزوم أجرة المدة الماضية ولا تمنع الزيادة الرد عند أبى حنيفة رحمه الله الا اذا كانت حادثة من نفس المبيع وقال زفر يجب رد مهر الشبهة الذى قبضه المشترى معها (السادس) أن مقتضى قوله الخراج بالضمان تبيعة الخراج للضمان فينبغى أن تكون الزوائد قبل القبض للبائع ثم العقد أو الفسخ والاول لم يقل به احد والثانى لم يقل به إلا على وجه ضعيف فى بعض الصور وهى ما اذا حصل الرد قبل القبض فما وجه تعطيل دلالة الحديث فى ذلك والعمل بها فيما بعد القبض للمشترى (والجواب) أن محل الحكم الذى ورد فيه النص انما كان بعد القبض اذا حصل فسخ على ما تقدم من ألفاظ الاحاديث لاسيما قوله قضى فى مثل هذا أن الخراج بالضمان فيكون الخراج معللا بالضمان فى الملك وذلك مفقود فى البائع وفيما قبل القبض * فان قلت المحل لا تأثير له والعلة التى ذكرها الشارع الضمان فيجب أن يدور الحكم معها وجودا وعدما فيكون الخراج قبل القبض للمشترى فيه نقض العلة فى جانب البائع ووجود الحكم بدونها فى جانب المشترى * قلت قال الغزالى

الشراء وكذلك ما نحن فيه * اختار مختارون اعتبار اللفظ وفيما إذا اشترى بلفظ السلم ذكرتم أن أظهر القولين بطلان العقد والأئمة كالمتفقين عليه فهل من فارق * والجواب أن المسائل التى بنوها على هذا الأصل كثيرة لكنها متنوعة فمنها أن يستعمل اللفظ فيما لا يوجد فيه تمام معناه وإن كان بينهما

رحمه الله ذكر هذه العلة فيما بعد القبض لقطع استبعاد السائل كون الخراج للمشترى وقبل القبض معلل بعلة أخرى وهو أن الزوائد حدثت فى ملكه والحكم قد يعلل بعلتين يعني فاقتصر النبى صلى الله عليه وسلم على التعليل بالضمان لكونه أظهر عند البائع وأقطع لطلبه فان الغنم فى مقابلة الغرم وإن كانت العلة الأخرى وهى الملك حاصلة ولكن نفس البائع تنقاد للاولى أكثر والله أعلم (السابع) أن الخلاف المذكور فى رفع العقد من أصله أو من حينه هل هو خاص بالرد بالعيب أو عام فى سائر الفسوخ حتي يجرى فى الاقالة والفسخ بالتحالف والفسخ بخيار المجلس والشرط والانفساخ بتلف المبيع قبل القبض *والجواب أن المشهور فى هذه الخلاف المذكور هنا اختصاصه بالرد بالعيب وأنه لايجرى فى الاقالة ولذلك يقيسون الرد بالعيب على الاقالة فى كونها رفعا للعقد من حينه والرافعى رحمه الله أطلق القول هنا بأن الفسخ رفع للعقد من أصله أو من حينه والأقرب أن مراده الفسخ الذى الكلام فيه وهو الرد بالعيب وقد ذكر فى باب حكم المبيع قبل القبض و بعده وجهين فى الانفساخ بتلف المبيع قبل القبض (أحدهما) أنه من حينه كالرد بالعيب والزوائد مخرجة على الوجهين قال وطردها طاردون فى الاقالة اذا جعلناها فسخا وخرجوا عليهما الزوائد * قلت وذلك و إن أطلقوه فلعل محله قبل القبض كما هنا فى الرد بالعيب فان الاقالة قبل القبض جائرة على القول بأنها فسخ ونقل القاضي حسين الخلاف فى تلف المبيع قبل القبض وحمل الوجهين فى الرد بالعيب مبنى عليها وعلى تلف المبيع فى يد المشترى فى زمن الخيار (إن قلنا) ينفسخ ارتفع ههنا والا فالولد هنا للمشترى وأما التحالف فمقتضى كلام صاحب التتمة فى باب التحالف جريان الخلاف فيه أيضا فان خرج اعتبار القيمة عليه اذا جرى التحالف بعد الهلاك وهو جار على طريقته فى طرد الخلاف بعد التقابض فان فرض التخالف كذلك ولذلك لا ترد الزوائد جزما كما لا ترد ههنا بعد القبض (وان قلنا) انه يرتفع العقد من أصله لكن القول بالانفساخ من أصله بالتخالف مفرع على أنه ينفسخ بنفس التخالف كما هو فى التتمة والنهاية ولم يتعرضوا له على القول بانشاء الفسخ والقياس جريانه وأما خيار المجلس والشرط فقد ذكر فى بابه أنه اذا فسخ وقلنا الملك للمشترى فالاصح أن الاكساب تبقى له وذلك يدل على أن الاصح فيها أيضا أنه من حينه والقول الآخر بأنه من أصله يجرى فيه بغير إشكال بل هو أولى بذلك فقد ظهر بذلك أن الخلاف فى الجميع وأن الأصح فيها كلها أنه من حينه لكنها ليست فى رتبة واحدة

بعض التشابه كالشراء بلفظ السلم فان تمام معني السلم لايوجد فى البيع لأنه أخص منه (ومنها) أن يكون آخر اللفظ رافعاً لأوله كقوله بعتك بلا ثمن (ومنها) أن يكون الشيء الاصلى للفظ مشترك بين خاصين يشتهر اللفظ فى أحدهما ثم يستعمل فى الثانى كالسلم بلفظ الشراء فان المعني الاصلي للشراء

وأولاها

وأولاها بجريان الخلاف فيه زمان الخيار لان العقد لم يلزم وأبعدها الاقالة لانها فى حكم أمر جديد وليست جبراً للعقد الاول* وبقي من المسائل انفساخ عقد الصرف بالتفريق قبل التقابض هل نقول انفسخ من أصله قطعا لان التقابض شرط أو نقول حكمه حكم تلف المبيع قبل القبض على أنه لافائدة لاجراء الخلاف فيه نعم عقد السلم اذا كان رأس المال جارية مثلا وكانت معيبة وحملت فى المجلس وولدت ثم ماتت قبل أن يقبضها المسلم اليه فهل نقول إنه فسخ من حينه حتى يسلم الولد للمسلم اليه أو من أصله حتي يرجع الى البائع قطعا والاشبه جريان الخلاف فيه وأن يكون كتلف المبيع قبل القبض فان الشافعى رحمه الله استنبط انفساخ العقد بتلف المبيع قبل قبضه من عقد الصرف اذا تفرقا ولم يتقابضا كما تقدم ذلك فى باب الربا (الثامن) أن الطريقة المشهورة هنا الجزم بعدم جريان الخلاف فيما بعد القبض بل يكون بعد القبض رفعاً من حينه قطعاً خلافا لما قاله صاحب التتمة وقد حكى الامام وغيره من الجازمين فيما إذا رد المسلم فيه بعيب وكان عبداً اكتسبه أنه هل يجب رد الكسب والعلة على قولين فالقول بأنه يرد الكسب معه فمقتضاه ارتفاع الملك فيه من أصله وهو بعد القبض فان قيل على الطريقة الصحيحة بارتفاعه من الاصل والخلاف فى المسلم مشهور وقد تقدم له ذكر فى باب الربا * (والجواب) أن الخلاف المذكور فى السلم مأخذه أمر آخر وهو أن الملك على أحد القولين فى السلم فيه مشروط بالرضا أو بعدم الرد فاذا رد تبينا أن الملك لم يحصل أصلا فهذا هو القائل برد الاكساب والقول المقابل له أن الملك بالقبض ثم انتقض بالرد فعلى هذا ينبغي أن يكون كرد المبيع بالعيب بعد القبض لايرد الاكساب وهو رفع الملك من حينه على الطريقة المشهورة ويجيء فيه طريقة صاحب التتمة مع القول بعدم رد الكسب ففهم ترتيب هذا التفريع فانه من محاسن الكلام وقد ذكر ابن أبي الدم أن الامام والغزالى ذكرا وجهين فيما إذا رد المسلم بعيب هل هو رفع للعقد من حينه أو من أصله ومراد ابن أبي الدم الخلاف الذى قدمته والتحقيق مانبهت عليه ولولا ذلك لاقتضي إشكالا على الامام ومن وافقه ممن قطع هنا بعد القبض بأنه من حينه ولاقتضى إشكالا على جميع الأصحاب فى قطعهم هنا بأن الاكساب بعد القبض لاترجع والله أعلم (التاسع) الزيادات التى وقع الكلام فيها مشروطة بأمور (أحدها) أن لايكون حصل بسببها نقص وقد تقدم التنبيه عليه (الثانى) أن تكون حادثة بعد العقد ولزومه فلو كانت موجودة كالحمل المقارن للعقد

موجود تمامه فى السلم إلا أنه اشتهر فى شراء الاعيان وكذلك السلم فى المنافع بلفظ الاستئجار المشهور فى إجارة العين فيشبه أن يقال الصيغة مخيلة فى النوع الاول والثانى ومنتظمة صحيحة الدلالة على المقصود فى النوع الثالث فيعتبر المعني ولايخفي عليك بعد الشرح أن مسائل الكتاب فى الصفة

فسيأتى فى كلام المصنف فى بقية الفصل إن شاء الله تعالى (والثالثة) أن تكون انفصلت قبل الرد كالولد والصوف المجزوز واللبن المحلوب أو صارت فى حكم المنفصل كالثمرة إذا أبرت أما لو لم تكن كذلك كما إذا ردها وهى حامل بحمل حدث بعد القبض حيث نقول إن الحمل ليس بعيب أو رد الشجرة وقد اطلعت طلعاً غير مؤبر أو الشاة وقد اشتراها ولا صوف عليها وهي مستفرغة الصوف فحدث عليها صوف لم يجز أو حدث فى ضرعها لبن ولم يحلب فما حكمه (أما) مسألة الحمل فنقل الامام فيها قولين كالفلس وجزم القاضى حسين رحمه الله هنا بردها لذلك ولايسلم له الحمل إن كانت علقت فى ملكه لأنه لايمكن إفراده بالبيع فهو كالثمن وعلى ذلك ينزل كلام المصنف رحمه الله لقوله فحبلت عنده وولدت فجعل الولادة شرطاً وقال القاضى أبوحامد إنه أولى القولين وقال القاضى وجماعة من الأصحاب (إن قلنا) يأخذ قسطاً بقى للمشتري ويأخذه إذا انفصل على الصحيح وفى وجه أنه للبائع لاتصاله عند الرد (وإن قلنا) لايأخذ فهو للبائع وما ذكره القاضى حسين والقاضي أبو حامد موافق لما قاله الرافعى رحمه الله فى باب الفلس أن الأكثرين رجحوه فى رجوع غريم الفلس وما ذكره الرافعى هنا موافق للطريقة المشهورة هناك التى ذكرها المصنف وغيره من البناء على أن الحمل يقابله قسط أولا لكن الرافعى رحمه الله مع ذلك عدل عن ذلك المأخذ لأجل تصحيح الأكثرين بتبعية الحمل إلى الرجوع فيلزمه أن يقول هنا بالتبعية أيضاً كما قاله القاضي أو يفرق بين المسألتين مسألة الفلس ومسألة الرد بالعيب وأيضاً فانه رجح فى الفلس تبعية الثمرة والحمل وجعلهما سواء وإن كانت الثمرة أولى بالاستقلال لأجل أنهما تابعان فى البيع متتبعان فى الفسخ وهذا المعنى بعينه موجود فى الرد بالعيب ولو صح النظر إلى المقابلة بالقسط لزم أن لايتعدى الرجوع فى الفلس إلى الثمرة لأنها مقابلة بالقسط قطعاً على الطريقة الصحيحة المشهورة المنصوص عليها فدعوى الرافعى أن الأصح هنا أن الحمل يبقى للمشترى يحتاج إلى جواب عن ذلك وقد صحح الرافعى هنا أن الثمرة فى أخذها قسطاً على قولين كالحمل ومقتضاه أن يكون الأصح عنده أنها تبقى للمشترى أيضاً قبل التأبير وأطلق بعضهم أن الحمل نقص لأنه فى الجارية يقل النشاط والجمال وفى البهيمة ينقص اللحم ويخل بالحمل والركوب (فاذا قلنا) هذا أو لم نقل به ولكن حصل بالحمل نقص رجع بالأرش قال القاضى أبو حامد وهل

واقعة فى النوع الاول من الاجارة ويجوز أن تكون الاجرة منفعة عين أخرى اتفق الجنس كما إذا أجر داراً بمنفعة دار أخرى أو اختلفت كما إذا أجرها بمنفعة عبد خلافا لأبى حنيفة فيما إذا اتفق الجنس بناء على أن الجنس الواحد يحرم النساء وفى الاجارة نساء وعندنا لاربا فى المنافع أصلا حتي لو أجر داراً بمنفعة دارين يجوز وكذلك لو أجر حلياً ذهباً بذهب ولا يشترط القبض فى المجلس *

للمشتري إمساكها حتى تضع ويردها إن لم يكن تنقصها الولادة نقله ابن الصباغ وإذا جوزنا له الرد فحبسها حتى تضع (فان قلنا) الحمل للمشترى لم يمنعه ذلك من الرد بالعيب لأنه حبسها لأخذ ملكه منها (وإن قلنا) إن الحمل للبائع منعه ذلك من الرد قاله القاضي الماوردي رحمه الله * وأما الجارية فان كلامه يقتضي أنه يجوز له إمساكها حتى تضع وردها في الحال فانه إن ردها وهي حامل كان الحمل للبائع لأن للمشترى اختار ترك حقه فليس له استثناؤه فرق الجرى بين ذلك وبين ما إذا أوصى له بالحمل ثم اشترى الأم فوجد بها عيباً فردها لم يكن الحمل مردوداً معها لأن الحمل في هذه الحالة لايتبع وممن بنى الحمل علي القولين في المقابلة الماوردي والأصح عنده كما قال الرافعي *وحكي مع ذلك وجهاً على قولنا إنه يقابله قسط من الثمن أنه للبائع لاتصاله بالأم عند الرد هذا حكم الحمل وأما الثمرة التي لم تؤبر ففيها وجهان (أحدهما) يردها مع الأصل ولايمسك (والثاني) يمسكها أو يرد الأصل والفرق بينها وبين الحمل على هذا القول جواز إفرادها بالبيع على أحد الوجهين ولم يصحح الرافعي رحمه الله من هذين الوجهين شيئاً وقد تقدم ما اقتضاه تخريجه الثمرة على الحمل فالبحث معه فيها والذى يتجه هنا أن يكون الأصح الاول وهو أن يردها مع الاصل قال القاضي حسين رحمه الله والاصح الاول لأنه الاظهر الذى نقله المزني في رجوع البائع في عين ماله إذا أفلس المشترى وعليها ثمرة غير مؤبرة وهو الاصح عند الروياني والرافعي رحمهما الله فليكن هنا كذلك ولعل المصنف رحمه الله اختار الوجه الثاني ولذلك قال فأثمرت ولم يقيد بقطع ولا تأبير وفي الفاس حكي القولين من غير ترجيح * وأما اللبن الحادث في الضرع أو الصوف الذى حدث بجزأيهما المشترى وذكر القاضي هذه المسائل الاربعة في تعليقه مفرقة في موضعين وقال المتولي والبغوى والرافعي رحمهم الله انه يرد الصوف تبعاً وهو مقتضى ماقال القاضي حسين في الفتاوى وفي كل من الكلامين نظر والصحيح ماسأذكره في آخر الكلام إن شاء الله تعالى * (واعلم) أن الحمل يندرج في المعاوضة قولا واحداً وفيما عداها من العقود والفسوخ قولان (فالاظهر) في الرهن الاندراج بناء على أن له قسطاً وفي الهبة كلام الرافعي يقتضي الجزم بالاندراج والامام قال إن الجديد عدمه وفي الرجوع في الهبة بناه الرافعي على المقابلة كما فعل بها في الرد بالعيب فيقتضي أن الاصح عدم الاندراج فالرافعي رحمه الله سلك طريقة البناء في المواضع كلها إلا في الفلس لما وجد ميل الاكثرين ونص الشافعي رحمه الله

قال ﴿ ولو استأجر السلاخ بالجلد والطحان بالنخالة أو بصاع من الدقيق فسد لنهيه عليه الصلاة والسلام عن قفيز الطحان ولأنه باع ماهو متصل بملكه فهو كبيع نصف من سهم * ولو شرط للمرضعة جزأً من المرتضع الرقيق بعد الفطام * ولقاطف الثمار جزأً من الثمار المقطوفة فهو أيضاً

فيه إلى خلافها والقاضي حسين جري في الرد بالعيب والفلس علي قاعدة واحدة لكنه سلك طريقة البناء فى اندراج الحمل فى الرهن وهذه أمور مضطربة فالامام رحمه الله أجرى القولين فى جميع ذلك جريانه فى الرهن بطريق الأولى لكونه لاينقل الملك وهو يشكل على القاضي حسين رحمه الله والذى يظهر فى ذلك أحد أمرين (إما) أن نقول إن عقد المعاوضة لايستتبع الحمل لقوته وفسخه لذلك وعلى هذا يستمر نصه المنقول فى الفلس على الاستتباع فى الرجوع (والجديد) الذى نقله الامام فى الهبة وعلى مقتضاه يكون الأصح الاستتباع فى الرهن (و إما) أن نقول بأن الحمل يتبع المواضع كلها لكونه جزءاً أولا (وأما) الصوف واللبن فالأقرب أنهما كالحمل فيندرجان لأنهما جزآن و إن كان يمكن فصلهما الآن لعدم صحة إيرادهما بالبيع و إنما لم يدخلا فى الرهن على الصحيح لاقتضاء العرف جز المرهون وحلبه نعم إذا جز الصوف أو حلب اللبن فى مدة طلب البائع للرد بحيث لم يحصل تأخير ولا تعيب فانه حينئذ لايصادف الرد فلا تتبع تفريعاً على جواز ذلك وأنه لايبطل الرد كما تقدم عن المصنف رحمه الله وقال القاضي حسين إن جز الصوف ثم ردها بطل خياره لاشتغاله بالجز بعد ما علم بالعيب وهذا على رواية فى أنه يشترط المبادرة إلى التلفظ بالفسخ أما علي المذهب فلا يتجه ذلك وقال القاضي حسين رحمه الله أيضاً إن ردها مع الصوف يجبر البائع على القبول وهذا يتجه على الصحيح فى أن الصوف تابع أما علي رأيه فى أن الصوف يبقى للمشترى فاجبار البائع على القبول إذا ردها مع الصوف ينبغى أن يكون كما فى رد البهيمة مع النعل إن كان الحوافر معيبة لها فاذا لم يجز لم يجب على البائع القبول كما فى نظيره فى النعل و إن كان معيبا له فيدفع القول بالاجبار ولكن ينبغى أن يأتى فيه الخلاف فى أن ذلك تمليك أو إعراض ولا شك فى ... النعل الذى لم يكن هنا كذلك حتى إذا جز بعد ذلك من غير زيادة ... للمشترى ... قول الرافعى رحمه الله إنه يرد الصوف * وأما الثمرة غير المؤبرة فهى أولى من ... لأنه ... إ... بالبيع على أحد الوجهين وفيها طريقة قاطعة لا... فيها ... الأصح فيها ... أيضاً لما تقدم وقد تقدم فى باب بيع الأصول والثمار من كلام الامام ... من هذه المسائل ... هذا الكلام فى التأبير وإن أراد أنه إذا رد لايبقى ... له فتصحيح ... وكذا ... صاحب التتمة لكن يشكل على الرافعى فى قوله إن ... يبقى للمشترى ... الحمل من جهة كونه أولى بالتبعية وكذلك الاصح عند الرافعى

فاسد * وإن شرط درأ من الرقيق فى الحال أو من الثمار فى الحال فالقياس صحته (و)* وظاهر كلام الاصحاب دال على فساده حتى منعوا استئجار المرضعة على رضيع لها فيه شرك لأن عملها لا يقع على خاص ملك المستأجر) *

دخوله في الرهن وعدم دخول الصوف وإن أراد أنه يجب عليه رده ولا يجوز جزه وفيه نظر مأخوذ من جواز الحلب والركوب في طريق الرد فقد تقدم من المصنف رحمه الله جوازه ومن الرافعي منعه وتبين الراجح منهما ولم يذكر الرافعي رحمه الله مسألة اللبن وهل تتبع في الرد أولا وهو من جهة الاستتجار كالحمل ومن جهة قرب التناول كالصوف وكيف ما كان فالأصح التبعية وعلى رأى الرافعي ينبغي أن يكون الأصح عدم التبعية لأنه يقابل بقسط من الثمن فهو كالحمل *

﴿ فرع ﴾ من تتمة الكلام في الحمل جزم الجوزى بأن الحمل يكون للبائع إذا ردت عليه بالعيب سواء كان حدث الحمل عند البائع أم عند المشترى مع القول بأن الحمل له قسط من الثمن قال لأنها إذا حملت عند المشترى له أن يمسكها حتى تلد ثم يردها فإذا اختار ردها حاملا فكأنه اختار ترك حقه فليس له استثناء الولد ثم اعترض بالجارية الموصى بحملها إذا بيعت من الموصى له بالحمل وردها بعيب لم يكن الولد مردوداً * وأجاب أن حكم الولد حكم الأم مالم يعقد على الولد عقد أو وصية أو هبة *

﴿ فروع ﴾ لو اشتراها وعليها صوف وفي ضرعها لبن فطال الصوف وكثر اللبن ثم ردها بعيب قبل الجز والحلب وقلنا بأن الصوف تابع في الرد فلا إشكال (وإن قلنا) بما قاله القاضي حسين في تعليقه من أن الصوف واللبن الحادثين للمشترى فمقتضى ذلك أن يصير ذلك مشتركا بينهما فان اتفقا فذاك وإلا فصلت الخصومة طريقها لكن الذي في فتاويه كما سيحكيه خلاف ذلك * ولو جز الصوف ثم أراد الرد بالعيب وكان اشتراها ولا صوف عليها فلا إشكال في جواز الرد وبقاء الصوف له على ما مر. ولو كان عليها صوف حين الشراء فجزه وهو على حاله ثم أراد الرد بعيب رد الصوف المجزوز قاله الماوردي والقاضي حسين والرافعي وغيرهم (وقال) الشيخ أبو حامد في آخر باب بيع المصراة إنه إذا كان يمكنه التوصل إلى معرفة العيب من غير جز الصوف امتنع عليه الرد وإن جزه ثانياً فالمجزوز ثانياً له يختص به فان لم يجزه حتى رد فحكمه ما تقدم فيما إذا لم يكن عليها صوف حين العقد ثم حدث وفي هذه الصورة صرح بها القاضي حسين في الفتاوى بأنه يرده ويفرق بينه وبين الثمار والكراث كما سيأتي عن صاحب التهذيب وهو في ظاهره مخالف لما حكيته عن تعليقه إلا أن تكون المسألة التي في الفتاوى من كلام جامعها وهو صاحب التهذيب وإن جز الصوف الذي كان عليها بعد أن طال ثم اطلع على عيب فيزداد هنا أنه يصير بينهما شركة في الصوف وقد يحصل نزاع في

لا يجوز أن تجعل الاجرة مايحصل بعمل الاجير كما إذا استأجر السلاخ لسلخ الشاة بجلدها أو الطحان ليطحن الحنطة بثلث دقيقها أو بصاع منه أو بالنخالة أو المرضعة بجزء من الرقيق الرضيع بعد الفطام أو قاطف الثمار بجزء من الثمار بعد القطاف أو النساج لينسج الثوب بنصفه * والمستحق

مقدار مالكل منهما وذلك عيب مانع من الرد * ولم أر في هذه المسألة نقلا (وأما) مسألة اللبن إذا كان منه شيء موجود عند العقد فيلتفت على أنه هل يرد الثمن في غير المصراة وقد تقدم ذلك في آخر الكلام في التصرية ولو اشترى أرضاً وبها أصول الكراث ونحوه وأدخلناها في البيع فنبتت في يد المشترى ثم علم بها عيباً يردها ويبقى النابت للمشتري هكذا قال البغوي والرافعي رحمهما الله وفرق بينها وبين الصوف بأنها ليست جزء الأرض الاترى أن الظاهر منها في ابتداء البيع لايدخل فيه وهذا الفرق في فتاوى القاضي أيضاً كما تقدم *

﴿ فرع آخر ﴾ إذا قلنا الزيادة تسلم للمشترى كما جزم به المصنف رحمه الله فليس للبائع حبس ماحدث في يده بعد العقد وقبل القبض من الزوائد لأجل الثمن في صورة غير الفسخ (وإن قلنا) بأنها ترجع بالفسخ إلى البائع قال الغزالى له حبسها إلى استيفاء الثمن والامام أطلق عن بعض الاصحاب الوجهين في جواز حبسها من غير بناء ثم قال ان ذلك ليس على حكم حبس المبيع بالثمن وانما ينقدح الاختلاف فيه قبل تعرض العقد للانفساخ والغزالى رحمه الله لاحظ ذلك فعلل بأنه يتوقع التعلق بها لكنه قال مع ذلك إنه يحبسها للثمن قال ابن الرفعة ولعل الغزالى رحمه الله قال له حبسها لاللثمن قلت أو يقل بانه لما توقع عودها اليه صارت كالاصل فيجرى عليها حكمه في الحبس بالثمرة ما دام الاصل نصفه يستحق حبسه فلو زال ذلك بان سلم المشترى الثمن أو يتبرع البائع بتسليم المبيع يسقط حق الزوائد لسقوط حبس أصلها وأما مجرد توقع عودها اليه فكيف يقتضي جواز حبسها ولا تنافى بين كلام الامام وكلام الغزالى وقول الامام ليس علي حكم حبس المبيع بالثمن لعل مراده لكونه ليس مقابلا به وقال القاضي حسين لو اشترى حاملا فمخضت في يد البائع فلا خلاف في أنه ليس له حبس الولد

للأجير في هذه الصور أجرة مثل عمله وهو موجه أولا بالخبر حيث روى أنه ﷺ « نهى عن قفيز الطحان »[1] وتفسيره استئجار الطحان ليطحن الحنطة بقفيز من دقيقها ثم وجه ثانياً بثلاثة

---

(١) ﴿ حديث ﴾ نهى النبي ﷺ عن قفيز الطحان الدارقطني والبيهقي من حديث أبي سعيد نهى عن عسب الفحل وقفيز الطحان . وقد أورده عبد الحق في الأحكام نهى النبي ﷺ وتعقبه ابن القطان بأنه لم يجده إلا بلفظ البناء لما لم يسم فاعله وفي الاسناد هشام أبو كليب راويه عن ابن أبي نعيم عن أبي سعيد لا يعرف قاله ابن القطان والذهبي وزاد وحديثه منكر وقال مغلطاي هو ثقة فينظر فيمن وثقه ثم وجدته في ثقات ابن حبان *

﴿ فائدة ﴾ ووقع في سنن البيهقي مصرحاً برفعه لكنه لم يسنده وقفيز الطحان فسره ابن المبارك أحد رواة الحديث بأن صورته أن يقال للطحان اطحن كذا بكذا وقفيز من نفس الطحن وقيل هو طحن الصبرة لا يعلم مكيلها بقفيز منها *

لاستيفاء الثمن ولم يحك الخلاف الذى ذكره الامام والغزالى ولا شك أنه لو تلف الولد الحادث قبل القبض لا يسقط بتلفه شيء من الثمن قطعا وليس كالولد الذى كان حملا عند العقد فان ذلك على قول وهو الصحيح قابله قسط من الثمن وهل يكون مثله فى جواز بيعه قبل القبض أولا فيه نظر والأقرب أنه مثله وهل نقول فى الحادث انه يجب على البائع تسليمه أو التمكين منه فى كلام القاضى أبى الطيب فى احتجاج الحنفية أنه دخل فى حق التسليم وأجاب بأنه لم يدخل فى حق التسليم المستحق بالمبيع وإنما يجب تسليمه اليه بحق المال وظاهر هذه العبارة يقتضى وجوب التسليم * والأقرب أن المراد التمكين وقد صرح البغوى رحمه الله بأنه أمانة فى يده و يحتمل أن يكون كالأمانات الشرعية حتى إذا هلك قبل التمكن من رده لايضمنه والا ضمنه ان لم يقل له حق الحبس *

(فرع آخر) عن المزنى فى مسائله المنشورة اشترى غنما بعشرة أقساط من لبن موصوف الى أمد فلم يتقابضا حتى حلب البائع منها عشرة أقساط لبن ثم ماتت الغنم يبطل البيع و يسقط الثمن من ذمة المشترى ويأخذ من البائع ما حلب من اللبن قال الماوردى وهذا صحيح لأن تلف المبيع قبل القبض يبطل البيع ولا يمنع من ملك النماء (قلت) وهذا على قولنا بأنه يرفع العقد من حينه وهو الذى جزم به العراقيون * أما اذا قلنا تلف المبيع قبل القبض يرفع البيع من أصله وأن الزوائد ترجع الى البائع فلا يأخذ المشترى من البائع شيئ وانما ذكر المصنف هنا حمل البهيمة لأن حمل الجارية سنذكره بعد ذلك والله أعلم * قال المصنف رحمه الله تعالى *

(وان كان المبيع جارية فحملت عنده وولدت ثم علم بالعيب ردها وأمسك الولد لما ذكرناه ومن أصحابنا من قال لايرد الام بل يرجع بالارش لأن التفريق بين الام والولد فيما دون سبع سنين لايجوز وهذا لايصح لأن التفريق بينهما يجوز عند الضرورة ولهذا قال الشافعى رحمه الله فى الجارية المرهونة أنها تباع دون الولد) *

(الشرح) اذا كانت الجارية حاملا عند البيع ثم حبلت عند المشترى و ولدت ولم يطلع على العيب حتى بلغ الولد سبع سنين إذا أطلع على العيب ولم يتمكن من الرد الى هذه المدة فحكمها حكم البهيمة حرفا بحرف على ما تقدم بلا خلاف وفرض المسألة أن لا يكون حصل لها نقص بالولادة كما تقدم التنبيه عليه فلو حصل نقص منع من الرد ووجب الارش وأما اذا أطلع على العيب وتمكن من الرد قبل بلوغ الولد سبع سنين فقد اختلف الاصحاب فى جواز الرد فالذى قاله المصنف رحمه الله ورجحه

أوجه (أحدها) أن المجهول أجرة متصل بغيره فهو كبيع نصف من سهم أو نصل وهذا قد ذكره فى الكتاب وسمى جعله أجرة بيعاً حيث قال باع ماهو متصل بملكه لأنه فى معناه ولك

الجواز للضرورة وهو فى ذلك موافق للشيخ أبي حامد والقاضى أبي الطيب هنا وقال إنه أصح وأشهر فى المذهب ونسبه ابن الصباغ الى أكثر الأصحاب وقال الرويانى رحمه الله انه المذهب ووافقهم ابن أبي عصرون وهو مقتضى إطلاق نص الشافعى رحمه الله فان الشيخ أبا حامد نقل أنه قال فى القديم إذا اشترى جارية فولدت ثم أصاب بها عيباً كان له أن يرد الجارية و يمسك الولد إذا لم تكن نقصت بالحمل أو بالوطء وليس مراد الشيخ أبي حامد أن ذلك من القديم المخالف للجديد ولكن نقل هذه المسألة لم توجد منصوصة للشافعى رحمه الله إلا فى القديم والوجه الآخر فرعه بعض الاصحاب على هذه المسألة كما قال الشيخ أبو حامد وصاحب التتمة ذكر فيها وجهين هنا من غير ترجيح والشيخ أبو حامد والقاضى أبو الطيب ردا على الوجه الآخر الذى قاله بعض الأصحاب بما قاله المصنف رحمه الله لكن الرويانى فى البحر مع قوله عن الأول انه المذهب قال إن هذا الوجه أقيس وجزم به الجرجانى فى المعاياة وكذلك القاضى أبو الطيب وغيره فى كتاب السير على مانقله ابن الرفعة وكلام الرافعى رحمه الله يشعر بترجيحه فانه ذكر الوجهين فى ذلك وقال وسنذكر نظيره فى الرهن ثم ذكر فى الرهن اذا رهنت الأم دون الولد إن صح أنهما متبايعان جميعا والا يفرق بينهما وكذلك وافقه على تصحيح هذا فى الرهن القاضى حسين والماوردى والمحاملى فى التجريد من تعليقة أبي حامد والبغوى فى التهذيب والمتولى فى التتمة ومنهم من يقطع بذلك فاذا كان هؤلاء الأئمة قائلين بين قاطع ومرجح بأنهما يباعان معا ولا يفرق بينهما ولم يجعلوا ذلك ضرورة مسوغا للتفريق فينبغى ههنا كذلك وأن يكون الأصح هنا امتناع التفريق وامتناع الرد كما اقتضاه كلام الرافعى رحمه الله وقال الجرجانى إلا أن يفرق المصنف ومن وافقه بين البيع فى الرهن والرد بالعيب وسأذكر له فرقا ان شاء الله تعالى وقد يقال أنه لو جاز التفريق ينبغى أن يمتنع الرد هنا لأن رجوع الجارية بدون ولدها عيب وذلك بمنزلة عيب جديد يمنع بسببه الرد ولا شك أن أهل العرف يعدون ذلك عيبا وتقل الرغبات فيمن يكون لها ولد منفصل عنها وطريق الجواب عن المصنف فى ذلك أن يفرض فيما إذا رضى البائع بردها كذلك حتى لا يكون للمشترى إلا الرد أو يرضى بها معيبة ولا يكون له المطالبة بالأرش ومتى لم نفرض المسألة كذلك تعين امتناع الرد ثم ههنا كلامان (أحدهما) مااستدل به المصنف والشيخ أبو حامد والقاضى أبو الطيب على ضعف هذا الوجه من نص الشافعى رحمه الله هو فيه تابع للشيخ أبي حامد قاله هكذا

أن تقول هذا إن اشتهر فى الجلد لا يستمر فى الجزء المشاع والحكم لا يختلف فان كنا نقنع بعذر لا يطرد فى هذا القبيل ففى المسائل بالمبادىء مأخذ أطور من هذا كمسألة السلاخ فان الجلد قبل السلخ مجهول ولا يجوز جعله أجرة مطلقاً كما سبق وكمسألة النخالة فانهما

حرفا بحرف وفيه نظر فان الشافعى رحمه الله له نصان فى المختصر (أحدهما) قوله ولا بأس أن يرهن الجارية ولها ولد صغير لأن هذا ليس بتفرقة وحمله جماعة من الأصحاب على أن معناه أن الرهن لايوجب تفريقاً ثم ما يتفق من بيع وتفريق فهو من ضرورة إلجاء الرهن إليه وهؤلاء هم الذين جوزوا بيع المرهونة وحدها والتفريق بينها وبين ولدها لكن طائفة من الأصحاب قالوا معناه إنه لاتفرقة فى الحال وإنما التفرقة عند البيع وحينئذ يباعان معا ويحذر من التفريق فان أراد المصنف هذا النص فالأصحاب يختلفون فى تفسيره كما رأيت والتفسير الثانى هو الصحيح لعدم افضائه إلى محذور وليس فى النص المذكور تصريح بأنها تباع دون الولد كما فى لفظة الكتاب والنص الثانى فى المختصر أيضا قبل ذلك فيما إذا وطىء الراهن الجارية المرهونة قال الشافعى رحمه الله فان أحبلها ولم يكن له مال غيرها لم تبع ما كانت حاملا فاذا ولدت بيعت دون ولدها وهذا النص أقرب إلى لفظ المصنف رحمه الله لكنه يبعد إرادته لان الولد ههنا فى هذه الصورة حر لأنه ابن الراهن المالك فالتفرقة ضرورية وبهذا فرق جماعة بين هذه الصورة والصورة الاولى حيث لايجوز التفرقة على الاصح لان الولد هناك مملوك وهنا حر واذا كان كذلك فلا يصح التمسك به لأن الولد هنا فى الرد بالعيب مملوك وهذا لايخفى عن من هو دون المصنف والشيخ أبي حامد وإن أراد نصاً آخر فلم أعلمه والله تعالى أعلم لكن يدل على أن المصنف وأبا حامد أرادا هذا النص الثانى وأنه هو الذى وقع به الرد على صاحب هذا الوجه أن القاضى أبا الطيب قال فى الرد عليه ولهذا قال الشافعى رحمه الله إن الجارية المرهونة إذا حبلت لم تبع مادامت حاملا فاذا ولدت بيعت دون ولدها وقال صاحب الشامل إذا كانت جارية فولدت حراً يباع الرهن دون الولد لأنه موضع حاجته * وقال صاحب التتمة كالمرهونة إذا علقت بولد حر * والجارية الجانية إذا كان لها ولد حر بيعها دون الولد وقال الرويانى فى المذهب انه يجوز هذا التفريق كما قال الشافعى رحمه الله فى الجارية المرهونة إذا ولدت حراً تباع الأم لحق المرتهن دون الولد لأنه موضع حاجته فى الأم فكلام هؤلاء الائمة يدل على أنهم إنما ردوا على صاحب هذا الوجه بهذا النص وهو مشكل لأن الولد الحر يجوز بيع أمه سواء كانت مرهونة أم غير مرهونة لانه لايمكن بيعهمعها أصلا لضرورة فيه محققة وليس كالولد الرقيق وطريق حل هذا الاشكال أن الجامع بين الصورتين الضرورة

مجهولة المقدار واذا شرط صاعاً من الدقيق فان كانت الجملة مجهولة فهو كبيع صاع من صبرة مجهولة الصيعان وقد مر * وفى مسألة الرقيق الرضيع وقطاف الثمار شيء آخر وهو أن الأجرة معينة وقد أجلها بأجل مجهول والاعيان لا تؤجل بالآجال المعلومة فكيف بالمجهولة (والثاني) أن عمله لا يقع للمستأجر فى محل ملكه خاصة بل لنفسه وللمستأجر وفى ملكيهما * والشرط فى الاجارة وقوع العمل

وإن كان الولد هنا رقيقا وهذك حرا فانه لو لم يجز الرد ههنا أدى إلى ابطال حق المشترى من الرد ويعترض على هذا بأن المحذور هو التفريق فى الملك واذا كان الولد حراً الفرقة حاصلة فلا تفريق بخلاف مسألتنا هنا فان الرد يوجب التفريق فى الملك وقياس التفريق على ماليس بتفريق لا يظهر (الكلام الثانى) فى تخيل الفرق بين الرد بالعيب وبين البيع فى الرهن * قد يقال انتصار المصنف أن هنا أمرين مسوغين للتفريق (أحدهما) الضرورة وإلا لادى الى ابطال حق المشترى من الرد وإلزامه أخذ الارش وبقاء المعيب فى عقد عسر فلا طريق له الا الرد وأما الراهن فانه يجب عليه وفاء دينه فان كان مال غيره وفينا منه ولم يبع لما قاله الماوردى هناك وان لم يكن له مال إلا الجارية المرهونة والشارع منع من التفريق فصار كما لو كان الدين يحيط بقيمة الجارية وولدها ولا مال له غيرهما فانا نبيعهما توصلا الى وفاء الدين الذى التزمه وحجر على نفسه بسببه وهذا المعنى وحده كاف فى الفرق ومصحح لما ذكره المصنف رحمه الله *

(والأمر الثانى) أن هذا التفريق بالفسخ وقد اغتفروا فى الفسخ مالم يغتفروا فى انشاء العقود ألا ترى أن الاصحاب رحمهم الله قالوا لو باع الكافر عبداً مسلما بثوب ثم وجد بالثوب عيباله استرداد العبد فى أصح الوجهين ولو وجد مشترى العبد به عيبا فطريقان (أحدهما) القطع بالجواز (والثانى) على الوجهين ولو تقايلا حيث لاعيب وقلنا الاقالة فسخ فعلى الوجهين فهذه المسائل الثلاث اغتفروا فيها حصول ملك الكافر على المسلم بالفسخ وان كانوا لم يغتفروه بانشاء العقد وعلله الغزالى رحمه الله فى فى المسألة الاولى بأن الاختيار فى الرد إما عود العوض اليه فهوقهرى كما فى الارث واستشكله الرافعى ورأى أن الاصوب فى توجيهه أن الفسخ يقطع العقد فيكون نازلا منزلة استدامة الملك والامام علله بأن الرد يرد على العقد وارتداد العبد يترتب على انفساخ العقد وله فى رد الثوب غرض سوى تملك العبد أي وهو التخلص من عيبه وهذا الغرض وهو التخلص من العيب حاصل فى الجارية اذا ولدت ثم اطلع على عيبها بخلاف الرهن فانه لاغرض إلا التوصل الى وفاء دينه والراهن ألزم نفسه بذلك وملاحظة الضرورة لابد منها (وأما) الفسخ وحده فليس بكاف ألا ترى أنهم جزموا فى الفلس بعدم التفريق لما كان مال المفلس كله معيباً ولا ضرورة تدعو الى التفريق وان كان الرافعى

فى خاص ملك المستأجر وهذا قد ذكره صاحب الكتاب أيضاً فى آخر الفصل وسيأتى الاشكال عليه (والثالث) أن الأجرة غير حا لة فى الحال على الهيئة المشروطة وانما تحصل بعمل الأجيرين بعد فهى إذاً غير مقدور عليها فى الحال ولو استأجر للرضعة بجزء من الرقيق فى الحال أو قاطف الثمار بجزء منها على رؤس الاشجار فحكاية الامام وصاحب الكتاب عن الاصحاب المنع أيضاً توجيهاً

رحمه الله قال باحتمال جريان الخلاف الذى فى الرهن والرد بالعيب فيه وأن جزمهم يحتمل أن يكون على الاصح وحكى الماوردى وجها يوافق هذا الاحتمال وحكاه المتولى أيضا عند الكلام فى التفريق بالبيع وكذلك ملاحظة الفسخ لا بد منها والضرورة وحدها لاتكفى ألا ترى أن فى رجوع الزوج فى شطر الصداق لم يجوزوا ذلك لاجل حق الزوج بل نقلوه الى نصف القيمة لان استرجاع الشطر تملك جديد * هذا ماظهر لى فى تقوية ما ذهب اليه المصنف رحمه الله ومن وافقه على مافيه ومع ذلك يحتاج الى ملاحظة ماتقدم التنبيه عليه فى فرض المسألة اذا رضي البائع بالرد أو نفرض أن ذلك لاتنقص به قيمتها وهو بعيد والأول أقرب والله أعلم *

﴿ التفريع ﴾ إن قلنا بجواز الرد كما قال المصنف فذاك (وان قلنا) بامتناع الرد فقد قال المصنف رحمه الله إنه يجب الارش وكذلك قاله الجرجانى والرافعى وعلله الجرجانى بأن الرد كالميؤس منه ولك أن تقول إنه يمكن بأن يعتق الولد أو يموت أو يصل سن التفريق وقد يكون بقى منه زمن قليل أو كثير الا أنه قد تقدم لنا وجهان عن الامام فيما اذا كان البائع بعيدا حكيناه فيما إذا رضي أحد المشتريين بالعيب تفريعا على منع الاستقلال بالرد والاصح منهما الرجوع بالارش فليكن الوجه الآخر جاريا هنا لكنه ضعيف مفرع على ضعفه * لنا خلاف هناك أنه لورد أحدهما الجميع عند حصوله فى ملكه وأراد استرجاع نصف الثمن هل يجبر البائع عليه كما فى مسألة النعل (فان قلنا) بالاجبار فههنا أن يرد الولد معها يحتمل أن يكون كذلك فان لم يفعل سقط حقه من الرد وتعين الارش ولا يعقل فى هذه المواضع كلها عن فرض المسألة فيما اذا لم يحدث عيب جديد *

* قال المصنف رحمه الله تعالى *

﴿ فان اشتراها وهى حامل فولدت عنده (فان قلنا) ان الحمل له حكم رد الجميع (وان قلنا) لاحكم للحمل رد الام دون الولد ﴾ *

﴿ الشرح ﴾ هذا بناء صحيح اتفق عليه الاصحاب والصحيح أن له حكما وقسطا من الثمن ويجب على استيفاء الثمن (فالصحيح) أنه يرد الجميع وعلى (الثانى) يكون الولد كالولد الحادث فيأتى فيه

بأن عمل الأجير ينبغى أن يقع فى خاص ملك المستأجر وأنهم خرجوا على هذا أنه لو كان الرضيع ملكا لرجل وامرأة فاستأجرها الرجل وهى مرضع لترضعه بجزء من الرقيق أو غيره لم يجز لأن عملها لا يقع في خاص ملك المستأجر واعترضا عليه بأن القياس والحالة هذه الجواز ولايضر وقوع العمل فى المحل المشترك ألا ترى أن أحد الشريكين لو ساقى صاحبه وشرط له زيادة من الثمار يجوز وإن كان عمله يقع فى المشترك وظاهر المذهب هذا الذى مالا إليه دون ما نقلاه قال فى التهذيب

الخلاف فى الرد قبل بلوغه سن التفريق والاصح المنع كما تقدم خلافا للمصنف رحمه الله ويأتى فيه أيضا ماتقدم فى الولد الحادث قبل القبض ان حصلت الولادة قبل القبض من الخلاف فى حبسه بالثمن ورجوعه الى البائع عندانفساخ أو انفساخ على ماتقدم وسواء قلنا له رد الجميع على الصحيح أم رد الام دون الولد على القول الآخر فشرطه على ماقال الماوردى والرويانى والرافعى رحمهم الله وافهم كلام ابن الصباغ أن لا يكون حصل لها بالوضع نقص فان حصل نقص فلا رد وقد تقدم أن ابن الرفعة قال قياسه أن يتخرج على الوجهين يعني فى العيب الذى تقدم سببه هل يكون من ضمان البائع أو من ضمان المشترى والاصح أنه من ضمان البائع فينبغى على ذلك أن يرد وان حصل نقص وايد ذلك بما اذا اصدقها جارية حائلا ثم حملت فى يده ثم وضعت فى يدها ثم طلقها وان الرافعى رحمه الله حكي في نسبة النقص الحاصل اليه أو اليها وجهين وهذا الذى ذكره ابن الرفعة قوى وقياسه أن يكون الاصح أنه يرد ولكن الماوردى وابن الصباغ جزما بخلاف ذلك* واعلم انى قدمت عن القاضى حسين والبغوى والرافعي مايقتضى أن الخلاف فى كون ذلك من ضمان البائع أومن ضمان المشترى جار مع العلم وفرعوا عليه انه يرد الجارية بعد زوال البكارة والعبد بعد قطع يده بعيب آخر قديم مع العلم بالتزوج والجناية على قولنا ان ذلك من ضمان البائع وهو الصحيح الذى استشكله هناك وقلت ينبغى أن يكون الرضى بالعيب قاطعا لاثره حتى يكون ما يوجد فى يد المشترى وان كان من سببه منسوبا الى يد المشترى لرضاه لسببه دون البائع ولم أر من اعتضد به فى ذلك النقل ولا ما يرده إلا كلام القاضى حسين ومن تبعه على سبيل التفريع فان كان الأمر كما قلت فقد اندفع الاشكال عن الماوردى وابن الصباغ هنا لان المشترى عالم بالحمل فكذلك النقصان الحادث عنده منسوب اليه وقد وجدت بعد ذلك بآخر التتمة صرح بامتناع الرد إذا علم بالزوجية ثم أزال الزوج بكارتها بعد القبض ووجد بها عيبا اخر وقد الحقته هناك فاندفع السؤال نعم لو لم يعلم بالحمل كان ذلك من ضمان البائع ولا يمنع الرد حينئذ ولا يندفع الاشكال عن الرافعى لتصريحه بالحكمين فى المسألتين على أن الماوردى

لو استأجر أحد الشريكين فى الحنطة صاحبها ليطحنها أو فى لدابة ليتعهدها بدرهم جاز ولو قال استأجرتك بربع هذه الحنطة أو بصاع منها لتطحن الباقى (فالجواب) فى التهذيب والتتمة الصحة ثم يتقاسمان قبل الطحن فيأخذ الاجرة ويطحن الباقي* قال فى التتمة وان شاء طحن الكل والدقيق مشترك بينهما ومن صور الوسيط ما إذا استأجر حمال الجيفة بجلدها وتعليل الفساد فيها بأن جلد الجيفة أجرة أوضح لكن الصورة الغريبة منها ما إذا استأجر لحمل شاة مذكاة إلى موضع كذا بجلدها *

رحمه الله فى أصل المسألة مال الى أن ذلك من ضمان المشترى فامله ذكر التفريع هنا على ما مال اليه هنك فلا يرد عليه شيء وان كان الأمر كا ذكره القاضي حسين ومن تبعه وأن الحادث الذى تقدم سببه منسوب الى البائع فى عدم منع الرد بغيره مع علم المشترى وإن لم يكن يرد به فطريق الجواب يحتاج إلى تأويل والذى خطرلى الآن أن يحمل المنع من الرد على حالة يحصل فيها من الولادة نقصان عن قيمتها مع الحمل فانه رضى بها حاملا فلعل لبانها بالولادة تزيد قيمتها عن حالة الحمل فان الحمل عيب فاذا انقصت بالولادة عن قيمتها حاملا كان ذلك عيبا جديدا مانعا من الرد لأنه ليس الغالب حصوله بسبب الحمل والذى لا يغلب حصوله من السبب المتقدم تبعد نسبته اليه فلذلك لم يجعل من ضمان البائع فيكون مانعا من الرد بعيب اخرو أما مسألة الصداق فتحمل على أن المراد النقصان عن حالة الخيار وهي الحالة التى كانت عليها عند الاصداق ولا شك أن الجارية إذا حبلت وولدت تنقص قيمتها عما كانت عليه قبل ذلك والنقص بالحمل قد زال بالوضع و بقى النقص الآخر عن حالة الحبال فالولادة فى يد الزوجة وسببها فى يد الزوج وهو مما فعلت ولا يندر فيجرى فيه الخلاف فان فرض نقص بالولادة عن حالة الحمل الحاصل فى يد البائع فهو نقص جديد يتجه أن يكون من ضمان الزوجة كا فى المشترى ههنا هذا ما خطر لى فى ذلك وفيه نظر والله أعلم *

﴿ فرع ﴾ أطلق الرافعى رحمه الله اشتراط عدم النقص بالولادة ولم يفرق بين ما بعد القبض وما قبله والماوردى وابن الصباغ رحمهما الله فرضا المسألة فيما إذا كانت الولادة عند المشترى كما فرض المصنف رحمه الله ولا شك أنها إذا ولدت قبل القبض ولم يحصل نقص ترد إذا اطلع على عيب آخر وأما إذا حصل نقص فقد قدمت كلاما في أن العيب الحادث قبل القبض إذا استند الى أمر سابق علم المشترى هل يكون موجبا للرد أولا وهل يكون مانعا من الرد بغيره أولا والذى ظهر أنه ليس موجبا ولا مانعا وقد صرح صاحب التتمة أنه إذا اشترى أمة مزوجة عالما بتزويجها فأزال بكارتها قبل القبض ثم اطلع على عيب بها فله الرد هذا ما يقتضى تقييد كلام الرافعى رحمه الله والله أعلم *

قال ﴿ الركن الثالث المنفعة * وشروطها خمسة أن تكون متقومة لا بانضمام عين اليها * وأن تكون مقدوراً على تسليمها * حاصلة للمستأجر معلومة * أما التقويم عنينا به أن استئجار تفاحة للشم وطعام لتزيين الحانوت لا يصح * وكذا (ح) استئجار الدراهم والدنانير لتزيين الحانوت فانه لا قيمة له على الأصح (و) * وكذا استئجار الاشجار لتجفيف الثياب والوقوف فى ظلها * وكذا استئجار البياع على كلمة تروج لها السلعة ولا تعب فيها * وفى استئجار الكلاب للحراسة والصيد وجهان ﴾ *

* قال المصنف رحمه الله تعالى *

{ وان كان المبيع جارية ثيبا فوطئها ثم علم بالعيب فله أن يردها لأنه انتفاع لا يتضمن نقصا فلم يمنع الرد كالاستخدام } *

(الشرح) هذه مسألة مشهورة اختلف العلماء فيها على ثمانية مذاهب (أحدها) أن يردها كما ذكره المصنف ولا يرد معها شيأ وهو مذهبنا الذي نص عليه الشافعي والأصحاب ولم يختلفوا فيه و به قال زيد بن ثابت فيما قيل وعثمان ومالك والليث بن سعد وأبو ثور ولا فرق عندنا في ذلك بين أن يكون بعد القبض أو قبله ولا يكون بالوطء قابضا لها على المشهور ولا مهر عليه ان سلمت وقبضها فان تلفت قبل القبض فهل عليه المهر للبائع وجهان بناء على أن الفسخ قبل القبض رفع للعقد من أصله أو من حينه الصحيح لا مهر ولا فرق بين أن يكون المردود عليه ممن تحرم عليه بوطء المشترى كأب وابنه اولا فان ذلك لا يمنع الرد والمذهب الثاني أنه لا يرد ولا يرجع بالارش وهو قول أبي حنيفة والثوري وأبو يوسف واسحاق و روى ذلك عن عمر وعلى بن أبي طالب وابن سيرين والزهري (والثالث) أنه يردها و يرد معها مهر مثلها وهو قول ابن أبي ليلى وشريح في رواية وقيل انه روى نحو ذلك عن عمر قال ابن المنذر المهر في قول ابن أبي ليلى ياخذ العشر من قيمتها ونصف فيجعل المهر نصف ذلك يعني يكون المهر ثلاث ار باع عشر قيمتها بذلك صرح عنه غيره (الرابع) يردها و يرد معها مهر مثلها بالغا ما بلغ وهو قول ابن شبرمة والحسن بن حي وعبد الله بن الحسن (والخامس) يردها و يرد معها نصف عشر ثمنها وهو قول شريح والنخعي وقتادة و روى من طريق الشعبي عن عمر (والسادس) يردها و يرد معها حكومة وهو قول الشعبي (والسابع) أنها لازمة لو صح ذلك عن الحسن وعمر بن عبد العزيز وهي رواية عن على بن أبي طالب فلا يردها ولا يرجع بشيء على هذا القول (والثامن) يردها و يرد معها عشر ثمنها وهو قول ابن المسيب و روى عن ابن المسيب يرد معها عشرة دنانير ولعل ذلك كان عشر ثمنها فلذلك لم أعده مذهبا آخر دون تحقيق * هذا في وطء الثيب وأما البكر فسيأتي الكلام فيها في كلام المصنف ان شاء الله تعالى ومن هذه الأقوال التي حكيتها ما وردت مطلقة من غير تخصيص لثيب ولا بكر وهو قول الشعبي والحسن وابن المسيب وهذه المذاهب الثمانية ترجع الى أربعة أقوال يردها ولا شيء معها كمذهبنا أو بامتناع ردها والرجوع بالارش كمذهب

اعتبر في المنفعة المعقود عليها خمسة شروط (أحدها) أن تكون متقومة ليحسن بذل المال في مقابلتها فان لم يكن كذلك كان بذل المال لها سفها وتبذيراً فمنع منه كما منع من شراء مالا ينتفع به وفيه صور (إحداها) ذكر أن كراء تفاحة للشم فاسد وكأن المنع ناشئ من أن التفاحة

أبي حنيفة أو بامتناع ردها ولا يرجع بشيء كمذهب الحسن وعمر بن عبدالعزيز أو يردها و يرد معها شيأ كمذهب الباقين * فاما من يقول يردها ورد شيء معها فالوجه تأخير الكلام عليه وتقديم الكلام على المذهبين عليه الأولين الثالث يشارك الثاني في القول بامتناع الرد عليهما في ذلك واحد فليجعل الكلام في جواز الرد وامتناعه ومعتمدنا في ذلك أن وطء السيب شيء لا ينقص من عينها ولا من قيمتها ولا يتضمن الرضا بعينها فوجب أن لا يمنع من ردها بالاستخدام وقولنا لا ينقص من عينها احتراز من قطع الطرف ومن قيمتها احتراز من حدوث عيب في يد المشترى وقلنا ولايتضمن الرضا بعينها احترازمن وطئها بعد العلم بعيبها وغير ذلك مما يوجب الرضا وهذاالدليل الذى ذكره المصنف واستدلال الشافعي رضي الله عنه بأن الوطء أقل ضررا من الخدمة يعني أن الوطء يمتع ويلذ و يطرب والخدمة تلد وتزيب وتتعب فاذا لم تمنع الخدمة من الرد فالوطء أولى أن لايمنع فهذا الدليل هو الأول لكن بقياس الأولى وأيضا بالقياس على وطء الزوج وقد اتفقوا على أنه لايمنع الرد ولذلك اذا اكرهها انسان على الوطء فان كان وطء الثيب يقتضي وحوب أن يقع وطء الزوجة والمكرهة : فان لم ينقص وجب أن لايمنع وطء السيد و بالقياس على ما اذا غصبها المشترى من البائع فوطئها ثم ردها حتي يوفيه الثمن فلما وفاه وسلمها اليه وجد بها عيبا له أن يردها عندنا وعندهم فان اعتذروا عن وطء الزوج بأنه مستحق فوطء المشترى مستحق وأيضا يبطل بوطء الزوج للبكرفانه مستحق ومع ذلك قالوا بامتناع ردها فان اعتذروا بأن منافع بضع الزوجة غير مملوكة بالشراء وانما يمتنع الرد بوطء السيد لأنه كأنه حبس بعض أجزاء المبيع فلذلك منع وطء السيد ولم يمنع وطء الزوج الثيب وأما البكر فجلدة البكارة مستحقة للمشترى لأنها عين حقيقة والنكاح محل المنافع الا أن تلك الجلدة تتلف للضرورة واذا كانت مستحقة بالبيع فاتلفها لزوج امتنع الرد لفوات بعض المبيع (فالجواب) أن منفعة البضع مملوكة بالشراء للسيد بدليل أن الزوج لو طلق كانت له ولو وطئت بشبهة استحق المهر وكون جلدة البكارة جزء من المبيع مع كونها مستحقة الازالة للزوج لا يفيد لأنه مأذون له فيها شرعا فلو لم تكن للنقص لما منع ذلك من الرد وقد تعلق المخالفون في ذلك بامرين (أحدهما) أن الصحابة رضي الله عنهم في هذه المسألة على قولين (أحدهما) أنه لا يرد وهو قول على بن أبي طالب رضى الله عنه (والثاني) يردها و يرد معها المهر وهو قول عمر رضى الله عنه فالقول بأنه يردها ولا شيء معها احداث قول ثالث وهو غير جائز وأورده ابن السمعاني والغزالي ومحمد بن يحيي عنهم فقالوا ان عليا وابن عمر

الواحدة لاتقصد للشم فيكون استئجارها كشراء الحبة الواحدة من الحنطة والشعير * فان كثر فالوجه الصحة ولأنهم نصوا على جواز استئجار المسك والرياحين للشم ومن التفاح ماهو أطيب من كثير من

رضي الله عنهم قالوا لا يردها وعمر وزيد بن ثابت رضي الله عنهما قالا يردها ويرد معها نصف عشر قيمتها وإيراده على الوجه الأول الاشهر وأقرب فى النقل والجواب عنه من وجوه (أحدها) ما أشار اليه الشافعي رضي الله عنه فى اختلاف الحديث فانه بحث مع من خالفه وحكى عنه أنه قال روينا ذلك عن على قال الشافعي قلت أفتيت عن على فقال بعض من حضره لا فروينا عن عمر يردها وذكر عشرا أو نحو ذلك قال الشافعي قلت أو ثبت عن عمر قال بعض من حضره لا قلت وكيف تحتج بما لا يثبت وأنت تخالف عمر لو كان قاله وهذا الكلام من الشافعي رضي الله عنه اشارة الى أنه لم يثبت ذلك عن عمر ولا عن على رضي الله عنهما وقد وقفت على الأسانيد وورود ذلك عنهما فرأيتها ضعيفة وأمثلها الرواية عن علي فانه لا يردها ويرجع بقيمة العيب وهى منقطعة لأنها من رواية على بن الحسين ولم يدرك جده ولولا ذلك لكانت صحيحة فانها من رواية ابن أبى شيبة عن حفص بن عنان عن جعفر بن محمد بن علي بن الحسين عن أبيه عن جده عن على رضي الله عنهم ولعل حفص بن عنان أو مسلمة ممن كان حاضرا مناظرة الشافعي فانه قاضى الكوفة حنفيا جليلا ثقة ونقلها البيهقى من طريق جماعة عن جعفر ورويت متصلة بطريق ضعيفة ليست بمحفوظة ونقل القاضى أبو الطيب أن الشافعي قال فى اختلاف الأحاديث لا يثبت عن أحد من الصحابة فى ذلك شيء وإذا كان كذلك سقط التمسك الذى ذكروه والذى رأيته فى اختلاف الحديث ما ذكرته ورأيت فى اختلاف العراقيين قال ولا يعلم ثبت عن عمر ولا عن علي ولا عن واحد منهما أنه قال خلاف هذا القول يعنى قول الشافعي وقال أبو المظفر بن السمعانى قد جهدت غاية أن أجد ما نقلوه فى كتاب فلم أجده وإنما هى حكاية أخذه العلم من الخلافيين وسمى السواد على البياض ولم يرد عليه واحد من الصحابة شيء سوى على (الثانى) أنه قد روى مثل مذهبنا عن زيد بن ثابت ذكره أبو على الطبرى فى مسائله الكثيرة فيما نقله أبو حامد عنه قال القاضى أبو الطيب وحكى لنا ذلك يعنى الرواية عن زيد أبو الحسن الماسرخسي ونقله المصنف فى النكت وإذا اختلفت الصحابة وجب الرجوع الى القياس لكن أبا المظفر ابن السمعاني قال ان هذا النقل عن زيد ليس بصحيح (الثالث) أنه قول صحابيين لم يعلم انتشاره والقياس بخلافه فيقدم عليه (الرابع) أن مذهبنا موافق لعمر فانه أثبت الرد فوافقناه فى أصل الرد والاختلاف بعد ذلك فى أنه يرد معها شيئا أولا اختلاف فى كيفية الرد (الخامس) أن احداث القول الثالث

الرياحين (الثانية) فى استئجار الدراهم والدنانير وجهان كما فى إعارتها (والأصح) المنع والاعارة أولى بالجواز لأنها مكرمة لا معاوضة ولذلك جوز بعضهم الاعارة مع منع الاجارة وذكرنا هناك بحثا فى أن موضع الخلاف اطلاق إعارة الدراهم أو التعرض لغرض التزيين بناء على الخلاف فى أن صحة الاجارة

فيه

فيه خلاف وتفصيل مذكور فى أصول الفقه ونحن هنا وافقنا بعضهم في جواز الرد و بعضهم فى إسقاط المهر فلم يكن ذلك خرقا للاجماع (الأمر الثانى) مما تعلقوا به القياس على وطء البكر لأن كلا مما يقرر المسمى فى النكاح وعلى ما اذا زنت و بأنه ينالها فى ذلك ابتذال وينقصها فانه قد يكون المشترى أبا البائع أوابنه فيحرم فتحرم عليه فمنع الرد كسائر العيوب وتعلقوا أيضا بأن الوطء جناية لأنه لا يخلو عن عقر أو عقوبة فى الغالب ولا يباح بالاباحة فاشبه القطع والرد رفع العقد من أصله فلو ردها لكان الوطء حاصلا فى ملك البائع وهذا لا يجوز لأن الوطء فى ملك الغير لا يخلو عن المهر ولا يجوز أن يوجب المهر ولا أن يردها بغير مهر فبطل الرد ور بما قالوا فى هذا انه إذا كان واقعا فى ملك الغير كان عيبا فيمنع الفسخ فلو نفذ الفسخ لما بعد ونقلوا عن محمد بن الحسن أن الوطء لا يخلو عن عقر أو عقوبة إلا إذا كان فى الملك وقد انتفيا عن المشترى بالاجماع فلو فسخ لا يبقى الملك من أصله فلذلك وجب إسقاط الملك وقوله انه انتفيا عن المشترى بالاجماع ينبغى أن يؤول فانه قد تقدم عن ابن أبى ليلى وغيره إيجاب المهر و بأن منافع البضع فى حكم الاجزاء والمشترى اتلفها فصار كما لو تلف الولد والزوائد ويعود البحث فى مسألة الزوائد وإنما استدلوا به على أن الوطء تنقيص للملك صرف مهر الجارية الموطوءة بالشبهة إلى سيدها فلو كان المهر لصيانة البضع فقط لوجب لله كالكفارة فلما صرف السيد دل على أن منافع البضع كالاجزاء وان لم تنقص القيمة كيد الذكر والانثيين يصرف السيد وان لم تنقص المالية بمنفعة البضع الحكم فى حكم الاجزاء وفوات الاجزاء يمنع الرد ومما يدل على أنها فى حكم الاجزاء أن الكافر لا يملكه على المسلمة ويمنع من الرد فى خيار الشرط بخلاف المنافع وذلك أن منافع البضع فى الشرع محترمة مشرفة لأنها سبب النسل فى العالم فلشرفها وحرمتها التحقت بالاجزاء شرعا (والجواب) أن وطء البكر والزنا منقصان القيمة بل زوال البكارة وحدها بغير وطء منقص والابتذال ان سلمه كالاستخدام وكون المشتري أبا البائع أو ابنه لا يعتبر فى معيوب شخص من الأشخاص بل المعتبر ما ينقص قيمة الشيء ولا يؤثر إلا ماله أثر فى المالية وقولهم انه جناية ممنوع لأن الجناية تنقص القيمة وهذا بخلافه ولو كان جناية لمنع من الأجنبى إذا وطء مكرهة ومن الزوج وقولهم لا يباح بالاباحة ينتقض بما دون الوطء هكذا نقض بعض الأصحاب عليهم ونقل بعضهم ان مادون الوطء من الاستمتاعات مانع الرد أيضا فعلى هذا لايتوجه النقض وعن قولهم لايخلو عن مال أو عقوبة أن الجناية قد تخلو من المال والعقوبة إذا قال الرجل إقطع يدى فقطعها وعن قولهم الرد فسخ العقد من أصله

من غير تعيين لجهة المنفعة وههنا لاتصح الاجارة عند الاطلاق بحال لأن تعيين الجهة فى الاجارة لابد منه وعن أبى حنيفة أنه إن عين جهة الانتفاع بها من تزيين الحوانيت أو الوزن بها أو الضرب

تقدم ثم أثر ذلك إنما يظهر بخلاف في الأعيان * أما المنافع المستوفية فلا ثم لو كان ذلك صحيحا لما جاز الرد إذا رضي البائع وهو جائز وإيجاب المهر في البضع عن المنفعة والسيد يستحقها فلا ضرورة إلى تقديرها جزءا وتقدير المهر بعيد مما يدل على أنه ليس بجزء أنه لا يخبر به في المرابحة ولا يسقط به قبل القبض من الثمن شيء ولا يضمنه الغاصب عندهم وإنما لم يملكه الكافر على المسلمة لأن فيه ادخال ذل على الاسلام والوطء في خيار الشرط فيه وجهان فان سلمه فلانه مع العلم بالخيار يتضمن الرضا فهنا وطئ قبل العلم بالخيار واعتذر أبو زيد عن الوطء قبل القبض بأنه وقع في حكم ملك البائع لأنه تصرف ولا ينقل التصرف إلا بالقبض فبقي على ملك البائع فلم يجز أن يجعل جناية وهذا ضعيف فهذا ما تيسر ذكره وحرف المسألة أن أبا حنيفة لاحظ غرض البائع وما يحصل له من النفرة والتنفير والانفة والشافعي لاحظ الأمر العلم وأن عادة التجار إذا علموا أن الجارية ثيب لا يبالون بقلة الوطئات وكثرتها ولا ينقص من قيمتها شيئا فان فرض وطء ينقص القيمة فليس فرض المسألة والله عز وجل أعلم *

واعلم أن أصحابنا اختلفوا في أن الرد رفع للعقد من أصله أو من حينه وقد اتفقوا هنا على جواز الرد وعلى أنه لا يجب المهر إلا ما سنحكيه من مقتضي كلام القاضي حسين وهذا الاتفاق يدل على أن أثر ذلك عند من قال به إنما هو في الأعيان أما المنافع فلا وهو يقوي ما تقدم من البحث فيه والا فلو أثبتنا عدم الملك كان ينبغي وجوب المهر وقد حكى القاضي حسين فيما إذا وطء المشتري الجارية المبيعة الثيب قبل القبض ثم ماتت أنه هل يغرم المشتري للبائع المهر على وجهين (ان قلنا) ينفسخ من الأصل يغرم وإلا فلا وقياس ذلك أن يأتي في الرد بالعيب ولم أرهم ذكروه وبتقدير ثبوته فهو مختص بما قبل القبض لضعف ملك المشتري وبقاء علقة ملك البائع فلا يلزم من ذلك طرده بعد القبض على الطريقة الضعيفة الطاردة للقولين فيما بعد القبض وفيه نظر * هذا ما يتعلق بمن يقول بمنع الرد (وأما) المذاهب النافية فمذهب ابن شبرمة أقربها لأنه يقول يردها مع مهر المثل بالغا ما بلغ وهو يتخرج على ما تقدم من ارتفاع العقد من أصله تخريجا ظاهرا (وجوابه) ما تقدم وأما من قال يردها ويرد شيئا يتقدر منها فتحكمات لا دليل عليها وأما من قال بامتناع ردها ولا يرجع بشيء فبعيد فان العيب القديم يجب الرجوع بارشه اذا امتنع الرد اللهم الا أن يطرد الجزء مذهبه ويمنع من أخذ الارش والله أعلم *

على طبعها صحت الاجارة وإلا كانت قرضا وأما استئجار الأطعمة لتزيين الحوانيت بها فكلام المصنف ههنا وفي الوسيط يقتضي القطع بمنعه وكذلك ذكره القاضي حسين ومن الامام وغيره أنه على الوجهين

﴿ فرع ﴾ هذا كله فى وطء المشترى فلو وطئها البائع أو الاجنبى بعد القبض بشبهة فهو كوطء المشترى لا يمنع الرد وان كانت مختارة فهو زنا وهو عيب حادث يمنع الردوان كان قبل القبض فان كانت زانية فعيب يوجب الرد وان كانت شبهة أو مكرهة فليس بعيب ويجب المهر على الأجنبى للمشترى وأما البائع ففي وجوب المهر عليه وجهان بناء على جناية البائع على المبيع قبل القبض (ان قلنا) كآفة سماوية لم يجب والا وجب وهما كالوجهين فى الانتفاع بالمبيع قبل القبض فان ماتت بعد وطء البائع قبل القبض وقلنا العقد يرتفع من أصله لم يغرم المهر (وان قلنا) من حينه فوجهان بناء على القولين فى جناية البائع قال ذلك القاضى حسين وان ماتت بعد وطء الاجنبي قبل القبض (فان قلنا) ينفسخ العقد من أصله فالمهر للبائع (وان قلنا) من حينه فللمشترى قاله القاضى حسين وفى وجوب الحد على البائع اذا وطئها جاهلا بالتحريم وجهان فى التتمة * هذا فى الثيب أما فى البكر ففيها زيادة أحكام ستأتى ان شاء الله تعالى *

﴿ فرع ﴾ ماذكرناه من أن الوطء إذا كان على وجه الزنا عيب يمنع الرد استثنى القاضى حسين منه ما إذا لم تنقص قيمتها بالزنا بان كانت معروفة بالزنا واشتراها على ذلك فانه لا يمنع به الرد ذكرت ذلك فى جوابه عن اعتراض الحنفيـة وكذلك ذكره صاحب التتمة وطرده فى الاباحة والسرقة إذا حدثت ولم تنقص القيمة قال لأنها عيب من طريق الحكم يعنى بخلاف البرص ونحوه إذا زاد فانه عيب من حيث المشاهدة *

* قال المصنف رحمه الله تعالى *

﴿ وإن وجد العيب وقد نقص المبيع نظرت فان كان النقص بمعنى لا يقف استعلام العيب على جنسه كوطء البكر وقطع الثوب وتزويج الأمة لم يجز له الرد بالعيب لأنه أخذه من البائع و به عيب فلا يجوز رده و به عيبان من غير رضاه وينتقل حقه إلى الأرش لأنه فات جزء من المبيع وتعذر الفسخ بالرد فوجب أن يرجع إلى بدل الجزء الفائت وهو الأرش ﴾ *

﴿ الشرح ﴾ النقص الحاصل لرخص السعر ونحوه لاخلاف أنه لا يعتبر فلذلك قال المصنف المعنى أى حاصل فى المبيع وامتناع الرد فى افتضاض البكر وقطع الثوب وتزويج الأمة اذا لم يكن لها سبب سابق ولا ضم معها الأرش لاخلاف فيـه عندنا لانها عيوب حادثة فى يد المشترى فلو رده و به عيبان كما قال المصنف فى وطء البكر مذاهب السلف قال ابن سريج والنخعى يردها ونصف

فيجوز اعلام قوله والطعام لتزيين الحوانيت بالواو والوجهان جاريان فى استئجار الأشجار لتجفيف الثياب والوقوف فى ظلها و ربط الدواب بها لأن الاستئجار لا يقصد لهذه الأغراض وذهب بعضهم

عشر ثمنها وتقدم في وطء الثيب حكاية ثلاثة مذاهب مطلقة فى الوطء والظاهر أنها مطردة فى البكر وكلها ضعيفة واتفقوا فى البكر على أنها بعد الافتضاض لا ترد مجاناً لأن المتقدمين أجمعوا على قولين (اما) امتناع الرد (واما) الرد مع الأرش وجعلوا ذلك مثالا لامتناع أحداث القول الثالث كما هو رأى أكثر الأصوليين ولا سيما هنا فان فيه دفع ما أجمعوا عليه وقد تكلم الشافعى فى المختصر على افتضاض البكر فقال وان كانت بكرا فافتضها لم يكن له أن يردها ناقصة بما بين قيمتها صحيحة ومعيبة من الثمن ثم تكلم بعد عن مسائل تكلم عن حدوث العيب عند المشترى فقال فان حدث عنده عيب كان له قيمة العيب الا أن يرضى البائع أن يقبلها ناقصة فيكون ذلك له الا أن يشاء المشترى حبسها ولا يرجع بشيء وتبعه الاصحاب على ذلك وتكلموا على كل من المسألتين وحدها وجزموا فى وطء البكر أنه مانع من الرد وقالوا فى مسألة حدوث العيب انه يمنع الرد به وقال ابن سيرين والنخعى والزهرى على ما نقله ابن المنذر وغيره والثورى وأبو حنيفة وأصحابه وابن شبرمة وقال الشعبي أبطل الآخر الاول وهذا يحتمل أن يكون موافقاً لما قلناه ويحتمل أن يكون بمنع الرد ولا يرجع بشيء وذهب حماد ابن أبي سليمان وأحمد وأبو ثور الى أنه يرد السلعة وأرش العيب الذى حدث عنده قياساً على المصراة وقال الماوردى ان أبا ثور روى ذلك عن الشافعى رضي الله عنه فى القديم وهذا يرجع الى الوجه المشهور الذى في طريقة الخراسانيين فيما اذا طلب المشترى الرد مع الارش والبائع اعطاء الارش وبقاء العقد وبالعكس من ايجاب كل منهما وسنذكره ان شاء الله تعالى ولذلك قال المرعشى قطع الثوب من الصور التي فيها قولان (أحدهما) يرده وأرش القطع (والثانى) يأخذ الارش فلا تنافى بين الكلامين ولكن هل نقول الواجب له ابتداء له الرد مع بدل الارش أو يتخير بين ذلك وبين طلب الارش أو ليس له أخذ الارش الا أن يختار البائع الرد كما يقتضيه ظاهر قول الشافعى رضى الله عنه فى المختصر والأصحاب فيه بحث ينبني عليه أنه هل تجب لمبادرة الى الرد وبدل الارش أولا (ان قلنا) بالاول وجب (وان) قلنا بالثانى أو الثالث لم يجب وسيأتى الكلام فى ذلك ان شاء الله تعالى واحتمال رابع وهو مايقتضيه كلام الرافعى انه حقه أولا فى الرد وحده فان امتنع البائع جاءت هذه الاحتمالات وسنذكره ان شاء الله تعالى * اذا عرفت ذلك فهل ذلك جار فى وطء البكر أولا الأقرب الأول واطلاق كلامهم يقتضيه وانما أفردت مسألة وطء البكر وحدها لانهم ذكروه عقب وطء الثيب والبحث فيها مع الحنفية فانا نوافقهم على أن وطء البكر مانع ويحتمل على بعد أن يقال

إلى أن الأصح الصحة ههنا علي خلاف الأصح فى مسألة الدراهم والدنانير لأنها منافع مهمة ومنفعة التزيين ضعيفة وأجرى فى التهذيب الوجهين فى استئجار الببغاء للاستئناس وبالجواز أجاب أبوسعيد

هما مسألتان فوطء البكر وشبهه بما فيه فوات جزء كالخصاء أو قطع طرف من أطرافه أو قطع أصبع زائدة سقط حقه من الرد وينتقل الى الارش جزماً الا أن يرضى البائع بالرد والعيوب التى تنقص القيمة فقط يجرى فيها خلاف أبي ثور والوجوه التي ستأتى فعلى الوجه الذى يقول باجابة المشترى لم يسقط حقه من الرد بل حقه فى الرد باق مع إعطاء الارش اما على التعيين أو على التخيير بينه و بين أخذ الارش كما تقدم وسيأتى اذا اتبعنا رأى المشتري ويؤيد هذا الاحتمال أن القاضى أبا الطيب نقل الاجماع علي أنه اذا قطع طرف من أطرافه فى يد المشترى ثم وجد به عيباً قديماً أنه لايجوز له رده ووضع الشافعى والمصنف من فى الخلاف كابن المنذر وغيره مسألة الوطء وحدها ومسألة حدوث العيب وحدها وما تقدم عن الشعبي عامة قال فى الجارية توطء يردها و يرد معها حكومة وفى الجارية يحدث بها عيب مبطل للعيب الأول وهذا يقتضى التغاير بين المسألتين والاول أوفق لاطلاقهم ولعموم كلام الشافعى فى المسألة الثانية ولكلام المصنف فانه سوى بين وطء البكر وقطع الثوب وتزويج الامة وليس فى الثانى والثالث فوات جزء ولا ينحل أن هذه الثلاثة مشتركة فى أنها صادرة من المشترى فتكون محل الجزم ويخص الخلاف بما لم يكن من جهة المشترى لنقل أبى الطيب الاجماع فى قطع الطرف فى يد المشترى فالاقرب أن العيوب كلها سواء فى منع الرد الذى لم يضم معه الارش أما إذا ضم معه الارش فعلى ماسيأتى وعلى رأى المصنف وهو الصحيح على ماسيأتى يمتنع مطلقاً الا برضى البائع لأنه يجاب من طلب تقرير العقد علي الصحيح فلذلك صح اطلاق المصنف هنا ومحل الاتفاق أيضاً مالم يكن العيب الحادث له سبب متقدم فان كان له سبب متقدم فلا يمنع على الاصح كما تقدم مبحث حمل كلام المصنف على مالا سبب له متقدما ومن ذلك ما اذا اشترى بكراً مزوجة جاهلا فافتضها الزوج وقد تقدم * وممن صرح به هنا القاضى حسين وتقدم فيه بحث وجمع المصنف بين وطء البكر وقطع الثوب قيل لأن أبا حنيفة وافق فى وطء البكر وخالف فى قطع الثوب ففيه قياس أحدهما على الآخر وقوله وطء البكر محمول على افتضاضها فلو كانت غوراء فوطئها ولم تزل بكارتها فهو كوطء الثيب فيما يظهر * واعلم أن زوال البكارة يفرض على وجوه مختلفة الأحكام سأفرد لها فرعا فى آخر الكلام إن شاء الله تعالى وقوله من غير رضاه مفهم انه لو رضى البائع بالرد جاز وهو كذلك لكن فيه بحث فان قوله فى أول الكلام نقص المبيع يدخل فيه جميع أنواع النقص والنقص قد يكون نقص صفة مخنية كقطع الثوب والتزويج وقد يكون نقصان عين ولكنها فى حكم الوصف

المتولى وكذلك فى كل مستأنس بلونه كالطاوس أو بصوته كالعندليب (الثالثة) استئجار البياع على كلمة البيع أو كلمة تروج بها السلعة ولا تعب فيها فاسد لأنه لاقيمة لها ولم يجعلوا هذا من صور الوجهين

كزوال البكارة فان جلد البكارة وان كانت عيناً لكنها لاتقابل بقسط من الثمن ولذلك لايسقط من الثمن بزوالها قبل القبض شيء وقد يكون نقصان عين مقابلة بجزء من الثمن كاحتراق بعض الثوب فاما القسمان الأولان فجواز الرد إذا تراضيا عليه ظاهر وأما القسم الثالث فينبغي أن يكون كما إذا رضي البائع أن يرد عليه بعض المبيع (والأصح) جوازه وقد تقدم فيه أنه لايجوز * إذا قلنا لايجوز تفريق الصفقة وشرط النقص المانع من الرد بالاتفاق أن لايكون له أمد ينتظر فلو كان قريب الزوال ففيه خلاف مذكور في طريقة الخراسانيين سأذكره في التنبيه الذي في آخر الكلام إن شاء الله تعالى (وقوله) و ينتقل حقه إلى الأرش ظاهره أنه لاحق للمشتري في الرد لاعلى التعيين ولا على التخيير وهو أحد الاحتمالات المتقدمة وسنعيد الكلام فيها إن شاء الله تعالى (وقوله) لأنه فات جزء من المبيع إنما يظهر في القسم الثاني والثالث المتقدمين (أما الاول) وهو مافيه نقصان صفة محضة فلا إلا أن يتجوز في اطلاق اسم الجزء عليها ويدلك قوله بدل الجزء الفائت لكنه ههنا منزل منزلة الجزء شرعاً بدليل جبره بالارش فلو لم يكن كالجزء لم يستحق الارش في مقابلته لكنه ليس جزءا حقيقيا والا لزم أن يسقط من الثمن شيء في مقابلته وان رضي المشتري بالرد وان لايصح بيع أصلا حتي يحصر الاوصاف التي يجب الارش بفواتها وهي غير محصورة و يستثني من قول المصنف و ينتقل حقه الى الارش ما إذا كان العيب القديم هو الخصاء ولم تنقص به القيمة فانه لا أرش له وسأذكر قريباً أن كلام المصنف دال علي ذلك فيما سيأتي و يؤخذ من قول المصنف أن الارش بدل عن الجزء الفائت فيكون جزءاً من الثمن فليس عرفا جديداً وسيأتي الكلام في ذلك ﴿ تنبيه ﴾ هل يشترط المبادرة باعلام البائع قال المتولي والبغوي والرافعي ان المشتري يعلم البائع بالحال فان رضي به معيباً قيل للمشتري إما أن ترده وأما أن تقنع به معيباً ولا شيء لك وان لم ترض فلا بد من ضم الارش وصرح الرافعي والبغوي من بعد بأنه لو أخر الاعلام من غير عذر بطل حقه من الرد والارش إلا أن يكون العيب حادث قريب الزوال غالباً كما سيأتي (قلت) وما ذكره يقتضي أن حقه أولا ثابت في الرد فان امتنع البائع انتقل الى الارش وهو خلاف ظاهر عبارة المصنف وما حكيته من عبارة الشافعي وكذلك عبارة كثير من الاصحاب فان ظاهرها ان حقه ثابت في الارش إلا أن يرضى البائع بأخذه معيبا وقد قدمت أن الاحتمالات أربعة بكلام الرافعي هذا وما ذكره الرافعي يدل عليه كلام الغزالي هنا وكلام الامام في باب السلم و يؤخذ من كلامه وجهان في ذلك أرجحهما عنده أنه لا يثبت

لكن المحكي عن الامام محمد بن يحيى أن ذلك في المبيع المستقر قيمته في البلد كالخبز واللحم (وأما) الثياب والعبيد وما يختلف قدر الثمن فيه باختلاف المتعاقدين فيختص بيعها من البياع بمزيد منفعة

الارش الا الطلب الجازم وأما إذا كان العيب قريب الزوال كالصداع والحمى والرمد والعدة التى لزمتها من وطء شبهة ففي جواز التأخير قولان أو وجهان مذكوران فى طريقة الخراسانيين عبر عنها البغوى بقولين والغزالى بوجهين (أحدهما) يعذر بالتأخير وله انتظار زواله ليرده سالما عن العيب الحادث من غير ارش (والثانى) لا كغيره من العيوب وعلله الغزالى بقدرته على طلب الارش (فان قلت) هذان الوجهان يدلان على أنه فيما ليس قريب الزوال لا يعذر فى التأخير قطعا ويكون الاعلام لطلب الرد والارش على الفور وهو ما قاله الرافعى قلت يحتمل ذلك ويحتمل أن يكون هذان الوجهان فى أن له الرد بعد ذلك وان ذلك عذر فى تأخير الرد أم لا فان جعلناه عذرا كان بعد زواله الرد واسترجاع جميع الثمن وان لم نجعله عذرا تعين حقه فى الارش والاحتمال الاول أقرب الى كلام الغزالى وعليه جرى الرافعى فان الغزالى صرح على قولنا أن لا يعذر أنه أبطل حقه وظاهر ذلك بطل حقه من الرد والارش جميعا فيقتضى أن طلب الارش على الفور فهم ابن الرفعة من كلام الغزالى أن الوجهين فى تأخير طلب المشترى الرد مع بدل الارش ثم قال انه لا يبعد جريان مثلهما فيما إذا قلنا ان حقه فى طلب الارش عن العيب القديم فاخر طلبه الى زوال الحادث وبه صرح فى الشامل فى نظير ذلك إذا علم عيب الجارية بعد ما حملت والحمل ينقصها يرجع لارش وقيل للمشترى امسكها حتى تضع ويردها وقد تقدم ذلك والذى أفهمه أن المسألة واحدة متى وجد عيب قديم وعيب جديد منتظر الزوال جرى الوجهان فى جواز التأخير الى الرد من غير ارش أو طلب الارش الان لكن هل تتعين الفورية فى طلبه أولا فيه ما سلف عن الغزالى والرافعى من وجوب الفورية وعن غيرهما من عدمها ولا فرق بين طلب الرد مع بدل الارش و بين طلب الارش بخلاف ما أفهم كلام ابن الرفعة من أنهما مسألتان نعم يلتفت ذلك على البحث الذى تقدمت الاشارة اليه هل حق المشترى أولا فى الرد أو فى طلب الارش (فان قلنا) بالاول يظهر الخلاف فى كون التأخير بهذا السبب عذرا أولا (وان قلنا) بالثانى يظهر سقوط حقه من الرد ويتعين الارش الا برضى البائع ولا تشترط الفورية هذا ما يتضح عندى فى ذلك والله عز وجل أعلم * والوجه الذى حكاه صاحب الشامل معناه أنه يؤخر طلب الارش و يرد بعد الوضع وأما تأخير طلب الارش وحده بعد امتناع البائع من الرد فجائز قطعا ولا يجب المبادرة الى أخذ الارش ولذلك صرح صاحب التهذيب بان أخذ الارش لا يكون على الفور بل متى شاء أخذ وكذلك صاحب التتمة *

وفائدة فيجوز الاستئجار وعليه فاذا لم يجز الاستئجار ولم يلحق البياع تعب فلا شيء له وإن تعب بكره التردد وكثرة الكلام فى تأليف أصل المعاملة فله أجرة المثل لاماتواطأ عليه البياعون (الرابعة) فى استئجار

﴿ فرع ﴾ زوال البكارة إذا كان بعد القبض فهو مانع من الرد سواء كان بوطء المشترى أو البائع أو أجنبى وسواء كان آلة الافتضاض أو بغيرها كاصبع أو خشبة أو طفره أو وثبة أو غير ذلك كل ذلك مانع من الرد[1] إلا اذا اشترى أمة مزوجة فزالت بكارتها بعد القبض بوطء لزوج فقد تقدم فيه وجهان وهما يثبتان هنا فى تعليقة القاضى حسين (أصحهما) عند الرافعى على ما تقدم هناك أنه غير مانع وقال صاحب التتمة إنه مانع فى صورة العلم دون الجهل وهو الأصح وان كان زوال البكارة قبل القبض فان كان من الزوج فان جهل المشترى الزوجية فلا اشكال فى أن ذلك موجب للرد فضلا عن كونه غير مانع وان علم المشترى الزوجية فقد تقدم الكلام فى هذا الباب فى موضعين على كونه موجب الرد سببا أو مانعا من الرد بغيره أولا والذى ظهر أنه غير موجب ولا مانع وصرح صاحب التتمة بانه غير مانع كما قلته وان كان من غيره فهو جناية على المبيع قبل القبض سواء كانت مكرهة أو مطاوعة وسواء كان الواطئ عالما أو جاهلا والتفصيل فيه أنه إن كان من أجنبى فان كان بغير آلة الافتضاض فعليه ما نقص من قيمتها وان افتضها بآلته فعليه المهر وهل يدخل فيه أرش البكارة أو يفرد فيه ثلاثة أوجه (أصحها) عند الرافعى هنا يدخل فعليه مهر مثلها بكرا (والثانى) يفرد فعليه أرش البكارة ومهر مثلها ثيبا (والثالث) يجب أرش البكارة ومهر مثلها بكرا وهو الذى جزم به الشيخ أبو حامد فى تعليقه فى باب الشرط الذى يفسد البيع والرافعى هناك أيضا ثم المشترى ان أجاز العقد فالجميع له هكذا أطلق الرافعى وهو كذلك ان تم العقد اما ان ماتت قبل القبض فقال القاضى حسين أرش البكارة للبائع وجها واحدا كما لو قطع أجنبى يدها ثم ماتت فى يد البائع فارش القطع للبائع وفى مهر مثل الثيب وجهان (ان قلنا) ينفسخ من أصله فهو للبائع (وإن قلنا) من حينه فللمشترى وهذا الذى قاله القاضى حسين متعين وان فسخ المشترى العقد قال الرافعى فقدر أرش البكارة للبائع لعودها اليه ناقصة والباقي للمشترى فاما قوله أرش البكارة للبائع فهو شاهد لما قاله القاضى حسين (وأما) قوله الثانى للمشترى فينبغى أن يكون ذلك على قولنا أنه ينفسخ من حينه (أما) إذا قلنا ينفسخ من حينه فيكون الجميع للبائع كما تقدم فى كلام القاضى عند التلف (وأما) إذا افتضها البائع فان اختار المشترى فلا شيء على البائع (إن قلنا) جنايته كالآفة السماوية (وان قلنا) كالأجنبى فحكمه حكمه هكذا قال الرافعى تبعا لصاحب التهذيب واختلف جواب القاضى حسين فيها فمرة قال كذلك وهو آخر قوليه ومرة قال فيما إذا كان

(1) بياض بالأصل

الكلب المعلم للحراسة والصيد وجهان (أحدهما) الجواز كاستئجار الفهد والبازى والشبكة للاصطياد والهرة لدفع الفأرة (وأصحهما) المنع لأن اقتناءه ممنوع إلا لحاجة وماجوز للحاجة لايجوز أخذ العوض عليه وأيضا فانه لاقيمة لعينه وكذلك لمنفعته * .... *

بغير آلة الافتضاض يسقط من الثمن ما بين كونها بكراً وثيباً وكذلك اختلف قوله فيما لو قطع البائع يد العبد المبيع قبل القبض واندمل وقلنا جنايته كجناية الأجنبي انه هل يجب عليه كمال القيمة أو نصفها قال ولو باع عشرة آصع حنطة بعشرة دراهم ثم أتلف البائع صاعاً منها قبل القبض يسقط عن المشترى عشر الثمن ولا يقول يجب على البائع مثله لانه عامد هكذا قاله القاضي ودعواه في هذه الصورة ممنوعة أيضاً بل مقتضى التفريع أنه إذا أجاز المشترى يجب عليه مثله قال القاضي حسين فيما إذا وطئها البائع وافتضها وجعلنا جنايته كجناية الأجنبي وأجاز المشترى وقلنا أرش البكارة ينفرد ينظر كم نقص ذهاب البكارة من قيمتها فذلك القدر من الثمن يسقط إن نقص عشر قيمتها سقط من الثمن عشره ويجب من مهر مثلها ثيباً لن جعلناه كالاجنبي (وان قلنا) أرش البكارة لاينفرد فيجب مهر مثلها بكراً مثلا مائة وثيباً ثمانين فخمس مهرها بكراً أرش البكارة ان جعلناها كجناية الأجنبي سقط من الثمن بحصته وفى أربعة أخماس الثمن وجهان فان ماتت في يد البائع بعد افتضاضه سقط جميع الثمن وقدر مايقابل أرش البكارة لايجب على البائع وهل يغرم مهر مثلها ثيباً (إن قلنا) الفسخ رفع من أصله لم يغرم (وان قلنا) من حينه وجناية البائع كالاجنبي غرم *هذا التفريع للقاضي حسين فانه لم يفرع الا على قوله الأول وفيه مخالفة كما قاله الرافعي في الحاقه بالأجنبي مطلقا وان فسخ المشترى فليس على البائع فسخ أرش البكارة وهل عليه مهر مثلها ثيبا ان افتضى بالته يبنى على أن جنايته كالآفة السماوية يجب أم لا وهكذا قال الرافعي ومقتضاه انا ان قلنا كالآفة السماوية لم يجب وهو صحيح (وإن قلنا) كالأجنبي وجب وينبغي إذا قلنا ان جنايته كالأجنبي فيخرج على أن الفسخ رفع العقد من أصله أو من حينه (إن قلنا) من أصله لم يجب أيضا والا وجب وفى هذين القسمين زوال البكارة من البائع ومن الأجنبي قبل القبض لايمنع الرد بالعيب القديم بل هذا عيب اخر مثبت للرد وأما إذا افتضها المشترى قبل القبض فيستقر عليه من الثمن بقدر مانقص من قيمتها وهو تعيب مانع من الرد بالعيب الكلام الآن فان ماتت حتى قبضها فعليه الثمن بكماله وان تلفت قبل القبض فعليه بقدر نقص الافتضاض من الثمن ولا عليه مهر ثيب تبنى على أن العقد ينفسخ من أصله أو من حينه هكذا قاله الرافعي ولاجعل القاضي حسين ذلك تفريعا على قولنا إن ارش البكارة يفرد عن المهر فان قلنا لا يفرد

قال (أما المتقوم دون العين معناه أن استئجار الكرم والبستان لثمارها والشاة لنتاجها ولبنها وصوفها باطل فانه بيع عين قبل الوجود * واستئجار الشاة لارضاع السخلة باطل واستئجار المرأة للارضاع مع الحضانة جائز * ودون الحضانة فخلاف * والأولى الجواز للحاجة * واستئجار الفحل للضراب فيه خلاف * والأولى المنع لأنه لايوافق بتسليمه على وجه ينفع * أما القدرة على التسليم نعني

قال فيتقرر على المشتري من الثمن بقدر ما يقابله باعتبار القيمة وفي الباقي من المهر الوجهان وبين التقديرين اختلاف فانا إذا أفردنا ارش البكارة وكان عشرين مثلا وهو عشر قيمتها قررنا عشر الثمن واذا لم يفرد وكان مهرها بكرا مائة أو ثيب ثمانين فارش البكارة الخمس فيتقدر خمس الثمن ولنفرض القيمة واحدة في المثالين فاذا ماذكره الرافعي انما يجيء على القول الضعيف فان الصحيح ان ارش البكارة يدخل في المهر وهذا كله اذا لم يجعل وطء المشترى كوطء الاجنبي وهو الصحيح وهذا التقرير على طريقة القاضي حسين والرافعي هنا وأما على طريقة الشيخ أبي حامد والرافعي في باب فساد البيع أنه يجب مهر بكرا وارش البكارة متعين ولا يجيء الحكم وفي وجه افتصاص المشتري قبل القبض وافتصاص الأجنبي وفرق القاضي حسين بأن ضمان الجناية بالشرع فروعي فيه واجب الشرع وهذا ضمان معاوضة فروعي فيه موجب العقد والعقد اقتضى التقسيط على الأجزاء ولذا قال الفارقي تلميذ المصنف تكلمت يوما في هـذه المسألة في حلقة الدامغاني قاضي القضاة وهي من مفردات أحمد فقلت قضية العقـد التسوية بين المتعاقدين وحق الرد ثبت للمشترى اذا لم يحدث عنده عيب لأنه بذل الثمن ليحصل على مبيع سليم فلما فات اثبتنا له الرد جبرا لحقه فانه لو أخذ منه الثمن الذى بذله في مقابلة السليم وجعـل في المعيب مكان اخلالا بالنظر وترك التسوية بينهما فلذلك اذا حدث عنده وجب أن يمنع عليه الرد لأنا لوجوزنا له ذلك افضى الى الاضرار بالبائع لأنه خرج المبيع عن ملكه سليما فلايجوز رده اليـه معيبا تسوية بين جانبه وجانب المشترى فقال لى هذا بيان التسوية بينهما وامتناع الرد فلم رجحت جانب البائع على جانب المشترى حتى الزمت المشترى المعيب فقلت هذا في قضية النظر لا يلزمني لأن مقصودى بيان امتناع الرد على المشترى وذلك يحصل بالمعاوضة لمراعاة حق البائع والتسوية بينهما فلا حاجة الى بيان الترجيح ثم أشرع ببيانه (فاقول) انما رجحت جانب البائع على المشترى لأن البائع إذا الزمناه اخذ المبيع بعيبين عظم الضرر في حقه لأنه خرج المبيع من ملكه سليما من هذا العيب لحدوثه فانه جزء من ملكه الذى كان ثابتا له والمشتري لم يكن في ملكه شيء ففات عليه وانما قصد تحصيل شيء على صفة فلم يحصل على تلك الصفة وليس الضرر في حق من فاته شيء كان له حاصلا كالضرر في حق من لم يحصل له ماقصده (قلت) قوله أنها من مفردات أحمد قد تقدم أن ذلك قول أبي ثور رواه عن الشافعي ويوافقه أحد الأوجه في المذهب وهو مذهب مالك أيضاً على تفصيل عنده *

به أن استئجار الأخرس للتعليم والأعمى للحفظ باطل لأن المقصود غير ممكن * ولو استأجر قطعة أرض لا ماء لها للزراعة فهو باطل * وإن استأجر للسكنى فجائز * فان أطلق وكان في محل يتوقع

﴿ فرع ﴾ أطلق المصنف أن تزويج الأمة مانع من الرد ويطرقه أمران (أحدهما) أنا سنحكي حكاية عن صاحب البيان وجهاً ضعيفاً أن التزويج ليس بعيب وقياس ذلك يطرد ههنا (الثاني) لو قال الزوج لها إن ردك المشتري بالعيب على البائع فأنت طالق فكان قبل الدخول ثم وجد بها عيباً قال الروياني في البحر قال والدي رحمه الله (الأظهر) عندي أن له الرد لان الفرقة تقع عقب الرد بلا فصل ولا يخلف النكاح عنده قال الروياني ويحتمل أن يقال ليس له الرد بمقارنة العيب الرد وعلى ذهني من كلام الغير ما يعضد هذا الاحتمال وانه لو زوجها المشتري للبائع ثم عيبها لم يكن له أن يردها عليه وان كان النكاح ينفسخ برده لوجود العيب الآن صرح بذلك صاحب التتمة وقد ترتب ذلك على أن العلة مع المعلول أو قبله (إن قلنا) بالأول فلم تصادف الزوجية الرد فتصح (وان قلنا) بالثاني فوجهان (أحدهما) لا يصح للمقارنة قال الروياني ولانه قد يموت عقيب الرد فيلزمها عدة الوفاة ولا يقع الطلاق على المذهب الصحيح أى لمصادفته زمان البينونة فيؤدي إيجاب القبول إلى الحاق الضرر به (والثاني) يصح كما ذكره والد الروياني ولان الزوجية في مثل هذا الحال لا تعد عيباً والاقرب أنه يمتنع لما قاله الروياني ولما قدمته وحينئذ يبقى كلام المصنف على اطلاقه *

﴿ فرع ﴾ إذا وجد المشتري العيب فقبل رده مع كونه في الرد جاء البائع وقطع يده ففيه وجهان (أحدهما) له الرد قال الروياني وهو الاظهر عندي لا لانه عيب حدث في يد المشتري (قلت) هكذا أطلق هذين الوجهين ويحتمل أن يكونا خاصين بهذه الصورة حتى لا يكون فعل البائع مانعا لما شرع فيه المشتري ومحل ذلك أن نظر في جميع العيوب الحاصلة في المشتري من جهة البائع فيطرد ذلك في زوال البكارة من البائع وغيرها والكلام المتقدم في زوال البكارة يخالفه *

﴿ فرع ﴾ من جملة العيوب المانعة من الرد لو كان غلاماً فحلق شعره لانه ينتقص من ثمنه قاله أبو عاصم العبادي *

﴿ فرع ﴾ اشترى فرسا بحمار وخصى الفرس ثم وجد به عيبا فالظاهر ومقتضى قول الجمهور وبه قال البغوي انه ليس له الرد إلا برضي البائع وقال القاضي حسين في فتاويه ان لم تنقص قيمته له أن يرد وان نقصت استرد بقدر ما نقص من قيمته من عين الحمار لا من قيمته وإن كان الحمار قد تلف استرد من قيمته *

الزراعة كان كالتصريح بالزراعة * وإن كان الماء متوقعاً ولكن على الندور ففاسد بناء على الحال * وإن كان يعلم وجود الماء فصحيح * وإن كان يغلب وجود الماء بالأمطار فالنص أنه فاسد نظراً إلى

* قال المصنف رحمه الله تعالى *

﴿ فلو قال البائع أنا آخذ المبيع مع العيب الحادث لم يلزمه دفع الارش لانه لم يكن له غير الرد وانما امتنع بالعيب الحادث فى يده فاذا رضى به صار كأنه لم يحدث عنده عيب فلم يكن له غير الرد وإن قال المشترى أرده وأعطى معه أرش العيب الحادث عندى لم يلزم البائع قبوله كما إذا حدث العيب به عند البائع فقال خذه وأنا أعطيك معه أرش العيب لم يلزم المشترى قبوله ﴾ *

﴿ الشرح ﴾ هذان نوعان من المسألة المتقدمة ولا شك أن للبائع والمشترى عند اجتماع العيب القديم والحادث أحوالا (أحدها) أن يرضى البائع برده من غير أرش الحادث فذلك له وليس للمشترى بعد ذلك إلا أن يمسكه مجانا أو يرد ولا يكلف رده كما لا يكلف رده إذا انفرد العيب القديم ولا يكلف البائع الارش وهذه الحالة هى المسألة الأولى من كلام المصنف هنا (وقوله) لانه لم يكن له غير الرد يؤيد ماتقدم عن الرافعى ويقتضى أن حقه الاصلى هو الرد لا الارش (الثانية) أن يتفقا على إمساكه وأخذ أرش العيب القديم فذلك جائز بلا خلاف وهو الذى اقتضى كلام المصنف فيما تقدم أنه الواجب لكن بطريق الانتقال من الرد اليه ولا يأتى ههنا الخلاف المتقدم فى كلام المصنف فيما إذا تراضيا على دفع الارش لاسقاط الخيار عند امكان الرد والفرق على أحد الوجهين أن الاعتياض هناك عن سلطة الرد وهى لاتقابل والمقابلة هنا عن مافات من وصف السلامة فى المبيع (الثالثة) أن يتفقا على الرد مع الارش وذلك جائز أيضا ولم يذكر المصنف هذه الحالة لكن ذكرها الرافعى وهل أخذ الارش هنا بطريق الاعتياض فيرد السؤال المتقدم ويكون هنا أقوى لانه فى مقابلة سلطة طلب الارش أو ليس بطريق الاعتياض ولكن يجعل قائما مقام الجزء الفائت بالعيب الحادث ويرد الرد عليهما كما فى رد المصراة ويأتى ذلك البحث الذى هناك أو انه لما فات ذلك الجزء عند المشترى وهو مقابل ببعض الثمن فاذا رد الباقى برضى البائع انفسخ العقد فيما يقابل المردود من الثمن وبقى مايقابل الجزء الفائت لم ينفسخ فيه العقد وتظهر فائدة هذا فيما لو كان الثمن عرضا أو نقدا باقيا بحاله أنه لايسترجع منه مقدار أرش العيب الحادث وعلى التقدير بين الاولين يسترجع جميع الثمن ويغرم من عنده الارش أو أنه لما انفسخ العقد فيه لزمه غرامة مامات تحت يده كالمستلم ويكون من باب الغرامات المحضة ليس منسوبا من الثمن سيأتى فى كلام المصنف فى مسألة

العجز فى الحال * وقيل أنه صحيح إذ انقطاع الشرب العد والماء الجارى أيضا ممكن * وإن استأجر أرضا والماء مستو عليها فى الحال ولا يعلم انحسارة فهو باطل * وان علم انحساره فهو صحيح (و) ان تقدمت رؤية الارض أو كان الماء صافيا لايمنع رؤية الأرض ﴾ *

مالا يوقفه على عيبه الا بكسره! مايدل لهذا الاحتمال الرابع وفي كلام الامام في مسألة الحلي - مايشهد للاحتمال الثاني والله أعلم ﴿ وقال إن القائل بان المبيع عند التنازع من يدعوا إلى الامساك يقول إذا فرض التراضى على الرد وضم أرش العيب الحادث فسبيله سبيل الاقالة (قلت) وذلك لايدفع الاشكال فان الاقالة فسخ على المذهب فيعود البحث فيها ولا يجوز أن يقع الفسخ على شرط أن يضمن المشترى الارش فان ثبت الاحتمال الثاني كما اقتضاه كلام الامام لم يكلف أن يبقى في ذمة المشترى بل لابد من إحضاره حتى يجاب كما يدل على ذلك كلام الامام فى مسألة الحلي وسأذكرها إن شاء الله تعالى وهو يبين ماتقدم من البحث فى المصراة من اشتراط رد التمر معها وفى معرفة قدر الأرش الذى يرده للمشترى عن العيب الحادث كلام سيأتى فى معرفة أرش العيب القديم إن شاء الله تعالى والذي قاله الأصحاب فى مسألة يفهم أن الرد يرد على العين مع الارش المردود وفى كلام للمصنف هنا مايقتضى ذلك وسنذ بينه إن شاء الله تعالى لكن الامام قال هنك ومما يجب التنبيه له إنا إذا قلنا فى العيب الحادث حيث كان لازما فى الصفقة أن المشترى يضم أرش نقص العيب الحادث إلى المبيع ويردهما فهذا فى أصل وضعه إشكال فان التمليك بالفسخ رد واسترداد حقه أن لايتعدى المعقود عليه والرد كاسمه فتقدير إدخال ملك جديد في التمليك بطريق الرد بعيد ولا وجه يطابق القاعدة إلا أن يقول الرد يرد على العيب بالمعنيين فحسب من غير أن يقتضى تضمين المشترى أرش العيب بتأويل تقدير الضمان فى حقه وتشبيه يده بالأيدى الضامنة ولكن لايتعين المردود عليه بذمة الرد فيضم الارش إلى المبيع المردود فيكون المضموم مستحقاً بالسبيل الذى اشترت اليه وليس أرش العيب الحادث مردوداً ولو قال الراد ارد ثم أبذل لم يكن له ذلك لعدم الثقة وإذا رد مع الارش جرى فى عين المضموم يتأول أنه ضمن وأقبض لا على أنه ملك بالرد شيئاً لم يرد عليه العقد وهذا يدل لما سيأتى عن المصنف وغيره من الاصحاب أن الارش عن الحادث غرامة غير منسوبة من الثمن لكن الذى قاله المصنف والاصحاب هناك هو عام فى كل عيب حادث أو خاص بما لايوقف على عيبه إلا بكسره فيه نظر (الحالة الرابعة) أن تنازعا فيذعن أحدهما إلى الرد مع أرش العيب الحادث ويذعن الآخر إلى الامساك وغرامة أرش العيب القديم وهذا يفرض على وجهين لانه قد يكون طالب الرد

ترجمه هل الشرط ههنا وفى الفصل السابق بكون المنفعة متقومة بنفسها لايعين تنضم اليها كانه قدر انقسام المنفعة إلى متقومة بنفسها ومتقومة بعين تنضم اليها والمانع أن يمنع ذلك ويقول إن العين المنضمة إلى المنفعة هي المتقومة والمنفعة لاتستفيد من العين تقوماً وقال فى الوسيط معبراً عن هذا الشرط انه لايتضمن استيفاء عين قصد او هذا أليق بمسائل الفصل وعلته أن الاجارة عقد يبتغي به المنفع

هو المشترى وهى المسألة الثانية فى الكتاب وقد قطع المصنف فيها بأن المجاب البائع وقد يكون طالب الرد هو البائع والمشترى يطلب الامساك وأخذ الارش ولم يذكرها المصنف هنا ومقتضى إطلاقه فيما تقدم أن المجاب المشترى لأنه جعل الواجب له الارش إلا أن يرضى البائع بالرد أى مجانا وهو هنا لم يرض بالرد إلا مع الارش وما اقتضاه كلام المصنف فى الصورتين هو الصحيح الذى صححه (١) والرافعى وعبروا عنه بان المتبع من يذعن إلى الامساك لما فيه من تقرير العقد ولان الرجوع بارش العيب القديم يستند إلى أصل العقد لان قضيته أن لايستقر الثمن بكماله إلا فى مقابلة السليم وضم أرش العيب الحادث إدخال شىء جديد لم يكن فى العقد فكان الاول أولى (قلت) وهذا فيه تقوية لما أبديته من الاشكال فى أخذ الارش من المشترى وقد تقدم مافيه وورا هذا وجهان آخران فى طريقة الخراسانيين حكاهما غيره (أحدهما) أن المتبع رأى المشترى ويجبر البائع على مايقوله لان الاصل أن لايلزمه تمام الثمن إلا بمبيع سليم فاذا تعذر ذلك فوضعت الخيرة اليه ولان البائع ملبس بترويج المبيع فكان رعاية جانب المشترى أولى ويروى هذا الوجه عن ابن أبى ليلى ومالك وأحمد قال الرافعى وعن أبى ثور أنه نصه فى القديم (قلت) وقد تقدم مانقله الاصحاب عن أبى ثور وأنه رواه فى القديم لكن محله هناك فى إجابة المشترى إلى الرد وأما إجابته إلى الامساك فلم أرهم ذكروها هناك (فان قلت) إذا أجيب فى الرد فاجابته فى الامساك أولى للمعنيين المتقدمين (قلت) قد يكون أبو ثور يروى أنه ليس حق المشترى إلا فى الرد مع الارش ولا يسوغ أخذ الارش كما هو ظاهر قوله أنه يرد السلعة فارش العيب (والوجه الثانى) وهو الثالث من الاصل أن المتبع رأى البائع لانه إما غارم او آخذ مالم يرد العقد عليه وهذه الاوجه الثلاثة تحصل فى كل من الصورتين وجهان وهما فى الثانية مستويان لرواية الصيدلانى وذكر الشيخ ابو محمد فى السلسلة الصورة الاولى التى فى الكتاب وهى إذا طلب المشترى الرد وغرامة ارش الحدث وحكى الوجهين فيها وبناهما على القولين فيما إذا اشترى عبدين ومات أحدهما ووجد بالثانى عيبا واراد ضم قيمة التالف اليه وانفسخ فيهما أن جوزنا هناك اجبنا هنا والا فلا بل يغرم البائع ارش القديم وهذا البناء يقتضى ضعف القول باجابة المشترى لان الاصح هناك عدم اجابته فى ضم قيمة التالف وايضاً فان القولين المذكورين مفرعان على امتناع افراد الموجود بالرد وقد تقدم فيه قولان مشهوران فهو خلاف

(١) بياض بالأصل

دون الأعيان هذا هو الأصل إلا أنه قد تستحق بها الأعيان تابعة لضرورة أو حاجة حاقة فتلحق تلك الأعيان حينئذ بالمنافع وفيه مسائل (احداها) استئجار الكروم والبستان لثمارها والشاة لنتاجها أو صوفها أو لبنها باطل لأن الأعيان لاتملك بعقد الاجارة وهذا فى الحقيقة بيع لاعيان معدومة ومجهولة (الثانية) الاستئجار لارضاع الطفل جائز ويستحق به منفعة وعين فالمنفعة أن تضع الصبى فى حجرها

على خلاف و فى الشيخ أبو محمد الوجهين فى الصورة الثانية على القولين فيها اذا اشترى جوازاً فكسره فوجده فاسداً وقلنا له رده هل للبائع الارش قولان (ان قلنا) له اجبنا البائع هنا والا فلا (قلت) والاصح على ماسيأتى انه ليس له الارش كذلك هنا (الاصح) انه لا يجاب البائع فى هذه الصورة فيسأل الشيخ أبو محمد بالجواز المراد به ما يبقى له قيمة بعد الكسر على ماسيأتى مبينا ان شاء الله تعالى *

﴿ فروع ﴾ الاول لزوال العيب الحادث قبل علمه بالعيب القديم ثم علمه فله الرد على الصحيح المنصوص فى البويطى وفيه وجه ضعيف حداً وقال ابن الرفعة إن الاشبه أن محله فيما لا يرجى زواله يعني عن قرب وأما ما يرجى زواله لو زال فلا يمنع من الرد قولا واحداً ولو زال القديم بعد أخذ ارشه لم يأخذه وقد تقدم ما يقتضى اثبات خلاف فيه وكذلك هو فى التتمة وإن زال القديم بعد أخذه ارشه رده على المذهب وقيل وجهان كما لو نبت سن المجنى عليه بعد أخذ الدية هل يردها ولو زال العيب الحادث بعد ما أخذ المشترى ارش العيب القديم أو قضى به القاضى ولم يأخذه فهل له الفسخ و رد الارش فيه وجهان بناهما الشيخ أبو محمد فى السلسلة على الوجهين اذا قطع كامل الأنملة العليا من يد رجل ثم الأنملة الوسطى من يد آخر و يد المجني عليه ثانيا بالطلب فأعطيناه الارش من غير عفو ثم قطع الاول الأنملة العليا واراد الثانى رد الارش وقطع الوسطى قال (والاصح) أنه ليس ذلك (قلت) وكذلك الاصح أنه ليس له الفسخ بعد الاخذ وكذلك بعد الحكم على ما صححه البغوي وجزم ابن الصباغ عن الاصحاب بعد الحكم والقبض أنه لا فسخ وجعل محل الوجهين بعد الحكم وقبل الاخذ ولو تراضيا ولا قضيا فالاصح أن له الفسخ قال الرافعى وكما ثبت الرد على البائع لو كان عنده يمنع الرد اذا حدث عند المشترى ومالا رد به على البائع لا يمنع الرد اذا حدث فى يد المشترى الا فى الاقل ولعله احترز بذلك عما اذا قطع اصبعه الزائدة فان القاضي أبا الطيب قال عندى انه يمتنع الرد وتبعه ابن الصباغ والعجلى لكني رأيت فى التهذيب أنه لو باع اقلف فختنه البائع قبل التسليم و برأ أو كان به سن شاغية أو اصبع زائدة فقلع السن وقطع الاصبع قبل التسليم و برىء فلا خيار للمشتري وهذا يقتضى أن زوال هذه الاجزاء مع البرء ليس بعيب ولذلك لم يرد به على البائع

وتلقمه الثدى و يعصره عند الحاجة والعين اللبن الذى يمتصه الصبي و إنما جوزناه وأثبتنا به استحقاق اللبن لانا لو منعناه لاحتاج إلى شراء اللبن كل دقيقة وفيه من المشقة ما يعظم ثم الشراء إنما يمكن بعد الحلب والتربية لاتتم باللبن المحض ثم الأصل الذى يتناوله العقد ماذا فيه وجهان (أحدهما) اللبن وفعلها تابع لأن اللبن مقصود لعينه وفعلها مقصود لايصال اللبن المقصود إلى الصبى (وأصحهما) أن

ولكن فى كونه مانعا من الرد نظر اذا لم يكن عيبا فان قيل لأنه جزء من المبيع ورد عليه العقد وقد يتعلق بفواته غرض فينبغي أن يكون كذلك إذا حدث قبل القبض أن يثبت الرد به أما إذا وجد ذلك قبل العقد فصحيح انه لا يثبت الرد به جزما فان صح ما قاله صاحب التهذيب مع ما قاله القاضي أبو الطيب تعين الاستثناء والاحتراز كما فعل الرافعي والا فيصح أن يقول كما لا رد به على البائع إذا حدثا فى يده قبل القبض يمنع الرد اذا حدث فى يد المشترى ويبقى الطرفان لا يستثني منهما شيء وسيأتي وصاحب التتمة خالف القاضي ابا الطيب ولو أخصى العبد ثم علم عيبا قديما فلا رد وان زادت القيمة ولو نسي القرآن او صنعة ثم علم به عيبا قديما فلا رد لنقصان القيمة ولو كانت الجارية وضيعة فاتخذتها ام البائع أو ابنته فى يد المشترى ثم علم عيبا فله الرد وان حرمت على البائع لأن القيمة لم تنقص بذلك وقد تقدم نظيرها فى وطء الثيب اذا كان البائع أبا المشترى أو ابنه ولو اطلع على العيب القديم بعد رهنه فلا رد فى الحال وفى وجوب الارش وجهان ان عللنا باستدراك الظلامة فنعم وان عللنا بتوقع العود فلا وعلى هذا فلو تمكن من الرد رد واذا اطلع على العيب القديم بعد الاجارة فان لم يجوز مع المستأجر فهو كالمرهون وان جوزناه فهو عيب يرجى زواله فان رضي البائع بأخذ مستأجرا رد عليه والا تعذر الرد وفى الارش الوجهان هكذا قال الرافعي وقاله القاضي حسين فى الدرس الثانى بعد ان كان قال انه اذا رهنه أو أجره فهل يفسخ فى الحال أولا حتى ينفك الرهن وتمضي مدة الاجارة فيه وجهان إن منعنا لم نجوز له الارش لأن الرهن والاجارة غاية معلومة بخلاف التزويج وسواء صبر أو فسخ فى الحال فالاجرة للمشترى ولو تعذر الرد بغصب أو إباق قال الرافعي انه يجرى فيه الوجهان اللذان ذكرهما فى الاجارة وسيأتي التعذر بالاباق فى كلام المصنف وصرح صاحب التهذيب بحكاية الوجهين فى أخذ الارش عند الآبق والغصب (أحدهما) نعم للتعذر (والثاني) لا لعدم اليأس وقرار الرقيق على نفسه فى يد المشترى تدين المعاملة أو تدين الاتلاف مع تكذيب المولى لا يمنع الرد بالعيب القديم وان صدقه مشترى المولى على دين الاتلاف منع منه فان عفى المقر له بعد ما أخذ المشترى الارش فهل له الفسخ ورد الارش وجهان جاريان فيما اذا أخذ المشترى الارش كرهنه العبد أو كتابته أو اباقه أو غصبه أو نحوها ان مكناه من ذلك ثم زال

الاصل المتناول بالعقد فعلها واللبن مستحق تبعا لقوله تعالى (فان أرضعن لكم فآتوهن أجورهن) علق الأجرة بفعل الارضاع لا باللبن وأيضا فان الاجارة موضوعة لاستحقاق المنافع فان استحق فيها عين لضرورة تدعو اليه فهي تابعة كالبئر تستأجر لسقي مائها والدار تستأجر وفيها بئر يجوز الاستقاء منها ثم ان استأجرها للحضانة فوجهان (أحدهما) لايجوز لانه لايجوز استئجار الشاة لارضاع السخلة

للمانع من الردقال فى التهذيب (أصحهما) لا فسخ وإن كان دبره أو علق عتقه بصفة فله الفسخ لأن التدبير يقبل الفسخ وكذا التعليق قابل للرفع بازالة الملك قاله القاضى حسين وهو ظاهر وان زوج الجارية أو العبد ثم علم بالعيب ولم يرض البائع بذلك قطع جماعة بوجوب الأرش لأن النكاح يراد للدوام فهو كعيب لا يرجى زواله وقال الرافعى رحمه الله ان بعضهم قطع بهذا وأن الرويانى والمتولى اختاراه وهذه العبارة قد تفهم أن بعضهم خرجه على الخلاف* قال ابن الرفعة ولم أر من صرح به (وأما) الكتابة فحكى القاضى حسين فيها وجهين وقال الأظهر على المعنى أنه لا يفسخ (وقال) الماوردى إنه لارد ولا أرش لعدم اليأس ولا ستدراك الظلامة بالنجوم (وقال) الرافعى الأظهر انه كالرهن وأنه لا يحصل الاستدراك بالنجوم يعنى لأنها فى الحقيقة ماله (وقال) فى التتمة انه ان امتنع البائع من القبول أو قلنا تبيع المكاتب لا يجوز فانه يجب الارش (وقال) الرافعى رحمه الله تعالى ان فى التتمة أن الكتابة كالتزويج ومراده فى وجوب الارش (وأما) فى جواز الرد فقد علمت بناء صاحب التتمة على جواز بيع المكاتب فليست كالتزويج مطلقا فقد اجتمع فى الكتابة أربع طرق (أصحها) أنه كالرهن فلا يفسخ فى الحال ولا يجب الارش على الاصح وهى طريقة الرافعى (الثانى) أنه لا يرجع بالارش فى الحال قطعا وهى طريقة الماوردي (الثالث) القطع بوجوب الارش وهى طريقة صاحب التتمة (الرابع) أنه يفسخ وهو ما أشهر به كلام القاضى حسين فى قوله الأظهر أنه لا فسخ وهذه العلة بناء على جواز بيع المكاتب وأنه تبطل الكتابة وهو أحد الوجهين على القديم بل يتعين تفريعه على ذلك وتكون الطرق الثلاث على امتناع بيعه ولو أخذ الارش ثم عجز المكاتب أو طلق الزوج فعلى الوجهين المتقدمين فى زوال العيب بعد أخذ الأرش *

﴿ فرع ﴾ لو أنعل الدابة ثم علم بها عيبا قديما ان لم يعيبها نزع النعل بأن تكون كانت موجودة فى يد البائع وسمح المشتري النعل فيها ولم يكن يحدث بقلعها نزع فله نزعه والرد فان لم ينزع فى هذه الحالة لم يجب على البائع قبول النعل والفرق بين النزع هنا والنعل فى يده طلب الخصم أن ذلك اشتغال يشبه الحمل عليها وهذا تفريع وقد تقدم ما ذكره القاضى فى أن اشتغال المشتري بجز الصوف مانع من الرد وذكرت هناك هذه المسألة على سبيل الايراد عليه ولعله يطرده فيهما بل يتعين ذلك فان بابه وجوب المبادرة بالتلفظ بالفسخ وان كان نزع الحافر يخرم ثقب المسامير ويعيب الحافر فنزع

(وأصحهما) الذى أورده الاكثرون انه يجوز كما يجوز أن تستأجر لمجرد الحضانة قال الامام وهذا الخلاف فيما اذا قصر الاجارة على صرف اللبن وقطع عنه وضمه فى الحجر ونحوه فاما الحضانة بالمعنى الذى نذكره من بعد فلا خلاف فى جواز قطعه عن الارضاع (الثالثة) استئجار الفحل للضراب حكمه ما ذكرنا فى

بطل حقه من الرد والارش وفيه احتمال للامام ولو كان نزعه قبل الاطلاع على العيب فان حصل به نقص كان كسائر العيوب الحادثة فى الارش ولو ردها مع النعل اجبر البائع على القبول وليس للمشتري طلب قيمة النعل ثم ترك النعل هل هو تمليك من المشترى فيكون للبائع لو سقط أو اعراض فيكون للمشتري (وجهان) اشبههما الثانى هذا اذا جرى الترك وحده فان حصل لفظ الهبة حصل الملك وقيل بجريان الخلاف وقد تقدم ذلك فى الاحجار فى باب بيع الأصول والثمار وليس له على قولنا أنه لا يملك المطالبة به مادام متصلا ولو طلب نزعه قبل الرد بالعيب فله ذلك وفيه دليل على أنه لا يجب عليه البدل ابتداء و به صرح الامام ولو قال المشترى لا أسمح بالنعل وطلب الارش عن العيب القديم لأنه لا يلزمني المسامحة وقلعه يقتضي حدوث تعيب قال الغزالى لم يكن له ذلك فانه كالحضر فى مؤنة الرد *

﴿ فرع ﴾ إذا صبغ المشترى الثوب ثم اطلع على عيب قديم فان نقصت قيمة الثوب بالصبغ فلا اشكال فى أن ذلك عيب حادث وحكمه ماتقدم عند الوفاق أو التنازع (وأما) إذا زادت القيمة فقد قال صاحب التقريب ثم الامام والغزالى والرافعي انه ان رضى المشترى بالرد من غير أن يطالب بشيء فعلى البائع القبول وهذا لا نزاع فيه وقد أطلق ابن الصباغ والبندنيجى أنه إذا صبغه لم يكن له رده مصبوغا و يرجع بالارش وحمله ابن الرفعة على ما اذا حصل بالصبغ نقص توفيقا بينه وبين ما قال الامام والأولى عندى أن لا يحمل على ذلك لما يدل عليه آخر كلامه بل مراده أنه ليس له الرد اذا لم يسمح بالصبغ فان سمح لم يتعرض له فهذه الحالة التى ذكرها صاحب التقريب والامام لم يتعرض لها ابن الصباغ وكلامه مطلق يجب تقييده قال الامام و يصير الصبغ ملكا للبائع لأنه صفة للثوب لا تزايله وليس كالنعل قلت لكن فى ادخاله فى ملكه شبه من مسألة اختلاط الثمار وفيها خلاف لاجل المنة بخلاف النعل فانه تابع والصبغ فوق النعل ودون الثمار ولو طلب المشترى ارش العيب القديم وقال البائع رد الثوب لا غرم لك قيمة الصبغ ففيمن يجاب وجهان (احدهما) و به قطع الشيخ أبو حامد والمحاملى فى التجريد والمجموع وابن الصباغ والمتولى أن المجاب البائع ولا أرش للمشترى (والثاني) و به قال أبو حنيفة ان للمشترى أن يطالب بالارش وهذا مما يعين أن كلام ابن الصباغ فى الصبغ الذى حصلت به زيادة وانما اهمل القسم الذى ذكره صاحب التقريب والامام أو يكون

الباب الثالث من كتاب البيع وقوله انه لايوافق بتسليمه على وجه ينفع اراد به انه أمر لا يتعلق باختيار الحيوان ثم بتقدير أن ينزو فربما لاينزل فان انزل فربما لا يحصل منه الولد وهو المقصود لكن للمعتبر القدرة على تسليم المنفعة المعقود عليها (فاما) وقوعه نافعا مروسبيله الى الغاية المقصودة فغير معتبر بالاتفاق

لا يختار الاجبار على ذلك ويفرق بينه و بين النعل فيبقى كلامه على اطلاقه والفرق بين هذه المسألة حيث اجبنا البائع و بين ماإذا طلب ارش العيب الحادث حيث نجيب المشترى على الصحيح ظاهر فان المشتري هنا يأخذ قيمة الصبغ والثمن يستدرك ظلامته ولا يغرم شيئا هناك لو ألزمناه بالرد مع أرش الحادث غرمناه لا مقابلة شيء أخذه ونظيرمسألتنا هذه أن يطلب البائع رده مع العيب الحادث من غير أرش فانه يجاب قطعا ولو أراد المشتري الرد وأخذ قيمة الصبغ مع الثمن ففي وجوب الاجابة على البائع وجهان (أصحهما) لا يجب وهذاالصحيح ينطبق عليه كلام ابن الصباغ قطعه بوجوب الارش إن لم يحمل على صبغ تنقص به القيمة (وقال) الرافعي والنووي في الروضة كما قال (أصحهما) لا يجب قال لكن يأخذ المشتري الارش والامام لم يتعرض لذلك وستأتى التنبيهات التي أذكرها الآن إن شاء الله تعالى بيان الحال فيه وهل ذلك متحتم أو ثم طريق غيره وههنا تنبيهات في هذا الفرع (أحدها) أن الامام لما حكى الخلاف في الطرفين اعني طلب المشتري الامساك واخذ الارش أو الرد وأخذ قيمة الصبغ شبهه بالخلاف في الاجبار على ضم الارش ورد المبيع وقال فقد جرى الصبغ الزائد مجرى ارش العيب الحادث في طرفي المطالبة قال الرافعي ومعناه انه اذا قال البائع رده مع الارش وقال المشترى امسك وأخذ الارش ففيمن يجاب وجهان وكذا اذا قال المشترى ارد مع الارش وقال البائع بل اغرم الارش وهذا ظاهر للمتأمل في الوجوه الثلاثة المذكورة هناك اذا افرد احد الجانبين بالنظر ووجه المشابهة بين الصبغ الزائد وارش العيب الحادث ان ادخال الصبغ في ملك البائع مع انه دخيل في العقد كادخال الارش الدخيل في العقد هذا كلام الرافعي رحمه الله ومراده ومراد الامام ان البائع والمشترى اذا طلب احدهما الرد ويعطى البائع قيمة الصبغ وطلب الآخر الامساك مع الارش فمن المجاب وجهان (اصحهما) على ماتقدم ان المجاب البائع في الحالتين (والثاني) ان المجاب المشترى في الحالتين (وقال) الغزالي في البسيط قريبا مما قاله الامام (وقال) في الوجيز ان ادخال الصبغ كادخال ارش العيب الحادث قال الرافعي رحمه الله تعالى ظاهره يقتضى عود الاوجه الثلاثة ههنا ثم قال المجاب منها في وجه من يدعو الى فصل الامر بالارش القديم وقد صرح به في الوسيط ولكن رواية الوجه الثالث لا تكاد توجد لغيره وبتقدير ثبوته فقد بينا ثم ان الاصح الوجه الثالث وههنا قضية ايراد الأئمة أنه لا يجاب المشترى اذا طلب الارش كما مر قلت وكلامه في الوجيز ظهوره فيما قال الرافعي رحمه الله يمكن حمله على ما في

ومما يناسب مسائل الفصل استئجار القنوات وله ذكر في بعض نسخ الكتاب قبيل المسألة الثالثة بهذه العبارة واستئجار القناة للزراعة بمائها الاصلح يجوزه للحاجة ولا وجه له في القياس إلا على قول من لا يري الماء مملوكا فتكون القناة كالشبكة والماء كالصيد وغالب الظن أولا أن المسألة ليست من

النهاية والبسيط (واما) كلامه في الوسيط فانه قال ان طلب قيمة الصبغ فهل يجب على البائع في رد الثمن فيه وجهان (وان قلنا) لا نكلفه قيمته فهو كعيب حادث فتعود الاوجه فيه في ان تملك شيء حادث اولى أو تغريم ارش العيب القديم وهذا صريح كما قال الرافعي ولكن فيه زيادة اشكال في بادىء الرأى غير ماذكره الرافعي وهو انه جعل الاوجه الثلاثة مفرعة علي القول بعدم اجبار البائع على بذل قيمة الصبغ ويستبق الرهن الى ان هذا هو المقول باجابة البائع ولايبقى بعده الاوجهان اجابة المشترى واجابة من طلب الارش فكيف تأتى ثلاثة تفريعا على احد الوجهين وحل هذا الاشكال بان يكون المراد أنا اذا لم نجبر البائع على بذل قيمة الصبغ فالصبغ ملك المشتري والثوب تنتقص قيمته باتصاله بصبغ لايدخل معه في التقويم فهو عيب حادث فان تراضيا على ارش الحادث قوم الثوب وبه العيب القديم خاليا عن الصبغ فاذا قيل عشرة قوم وبه العيب القديم وقد اتصل به الصبغ لم يدخل في التقويم فاذا قيل تسعة علم ان الفائت درهم فيبذله للبائع مع الثوب ويسترجع ثمنه ويبقى الصبغ في الثوب للمشترى فان تراضيا على هذا المسلك أو على ارش العيب القديم فذلك وان تنازعا في هذين المسلكين فعلى وجه يجاب البائع فان اختار دفع الارش عن القديم أو اخذ الارش عن الحادث عرض على المشترى فان اباه سقط حقه وعلى وجه يجاب المشترى فان طلب الارش عن القديم ولم يرض البائع باخذ الثوب معيبا بسبب الصبغ ولا ببذل قيمة الصبغ اجبر على بذل الارش وان طلب الرد مع غرامة ارش العيب الحادث واستعادة الثمن اجبر علي ذلك وعلى وجه يجاب الداعى الى الارش القديم اخذا أو بذلا هكذا شرح ابن الرفعة ولم يلتزم بنقض كلام الامام من التشبيه وقال يجوز ان يقول لايجبر البائع على بذل قيمة الصبغ ويجبر على قبول ارش العيب الحادث والفرق ان الارش غرامة عما فات من ملكه الذي خرج منه ومألوف في الشريعة ان يجبر الانسان على أخذ ماله أو بدله منه واجبار البائع على بذل قيمة الصبغ اجبار على تملك شيء مبتدأ يبذل لا على طريق الغرامة ومثل ذلك غير مألوف في الشرع ثم اعترض ابن الرفعة على نفسه بقول الغزالي بعد ذلك ولم يذهب أحد الى ان المشتري يبقى شريكا بالصبغ وتأوله على ان المراد لم يذهب احد الى انه ليس له الا ذلك اوسقط حقه يعنى بل هو مخير بين ذلك وبين أخذ الارش قلت ويؤيد هذا التأويل فرق الغزالي بان المشتري يتضرر بذلك بخلاف الغاصب والمشتري انما يتضرر بتعين هذه

متن الكتاب فليست هي ثابتة في الوسيط ثم حكمها تفريعا على ان الماء ليس بمملوك بين كما ذكره وعلى قولنا انه مملوك فالمنافع آبار الماء وقد جوزنا استئجار بئر الماء للاستقاء والتى بعدها مستأجرة لاجراء الماء فيها وقال القاضي الروياني في الحلية اذا اكترى قرار القناة ليكون احق بمائها جاز في قول بعض

الطريق عليه كالغاصب لا بالتخيير وسأتكلم على ما يقوى التأويل أو يضعفه فى التنبيه الثانى فان صح هذا التأويل اندفع هذا الاشكال الثانى عن الغزالىولم يبق الا ما ذكره الرافعى وحينئذ أقول ماذكره الغزالى في الوسيط من هـذا الفرع الذى تجرى فيه الاوجه الثلاثة بين رد الثوب بدون الصبغ أو بينه و بين أخذ أرش العيب القديم هل يجاب فيه البائع أو المشترى أو طالب الأرش القديم فرع زائد وكلام النهاية والبسيط والوجيز ساكت عنه وليس ما صرح به فى الوسيط تصريحا يقتضى ما ذكره فى الوجيز كما أشار اليه الرافعى رحمه الله بل كلامه فى الوجيز في ادخال الصبغ فى ملك البائع قهرا وكذلك كلام النهاية والبسيط وأما كلامه فى الوسيط ففى ادخال الثوب مع أرشه بدون الصبغ فأين أحدهما من الآخر فلا يكون ماذكره فى الوسيط وجها ثالثا فى تلك المسألة كما اقتضاه كلام الرافعى رحمه الله بل ثلاثة أوجه فى مسألة زائدة ويجوز أن يكون الأصح منها أيضا أن المجاب من يدعو الى الارش القديم كما هو الأصح هناك ولا ينافى ايراد الأئمة هنا أن المشترى لا يجاب إذا طلب الأرش كما قال الرافعى رحمـه الله أنه مر لأن الذى مر أنه لا يجاب المشـترى إذا طلب الارش وطلب البائع بذل قيمة الصبغ أما إذا طلب المشترى الارش حالة امتناع البائع من بذل قيمة الصبغ فما مر (التنبيه الثانى) قال الامام لا صائر إلى أنه يرد ويبقى شريكا فى الثوب كما فى المغصوب والاحتمال متطرق اليه وأجاب الغزالى عن هذا الاحتمال بان المشترى يتضرر بذلك بخلاف الغاصب فانه يبقيه شريكا ولا يلتفت إلى تضرره لعدوانه واعرض ابن خلكان بان غريم المفلس يرجع فى الثوب التى زادت قيمتها بالصبغ ويكون شريكا ولم يحصل من المفلس عدوان واجاب ابن الرفعة بان المقصود فى الفلس دفع ضرر البائع فاذا رجع حصل الضرر للمفلس تبعا والمقصود في الرد بالعيب دفع ضرر المشترى برده وجعله مشتركا يقع له ضرر مقصود أكثر من ضرر العيب وانا أقول أن غريم المفلس إذا رجع فى الثوب دون الصبغ لم يحصل ضرر المفلس بالشركة لأن ماله مبيع كله وقد قال الاصحاب أن الثوب يباع ويكون الثمن بينهما على ما تقتضيه القسمة على أنهم اختلفوا هل يكون كل الثوب للبائع وكل الصبغ للمفلس أو يشتركان فيهما جميعا على وجهين وفى الرد بالعيب لا يجب على أحد منهما البيع فيحصل الضرر تبعا للشركة * واعلم أن هذا الاعتراض والجوابين عنه بناء على مادل عليه كلام الغزالى رحمه الله من أن عدم القول بالشركة هنا لأجل ضرر المشترى وأن المقصود أنه لا يجب ذلك عليه كما اوله ابن الرفعة عليه وعليه يدل تنظير الامام له

أصحابنا وهو الاختيار والمشهور منعه ولفظه فى تصوير المسألة يشبه ان يكون مبنيا على ان الماء لا يملك (الشرط الثالث) للمنفعة أن تكون مقدورا على تسليمها فلا يجوز استئجار الابق والمغصوب كبيعهما ولا استئجار الأخرس للتعليم والاعمى لحفظ المتاع وكذا استئجار من لا يحسن القرآن ليعلمه قال فى

بالغصب وأول كلام الامام وهو قوله ولم يصر أحد من الأصحاب إلى أن المشترى يرد الثوب ويبقى شريكا محتمل له أى على سبيل الايجاب عليه كما يجب على الغاصب وعليه يستقيم فرق الغزالى ويأتى اعتراض ابن خلكان عليه بسبب أن المفلس مجبر على ذلك من جهة البائع ويأتى الجوابان المتقدمان لكن فى آخر كلام الامام ما يقتضى أن ذلك على سبيل الجواز فانه قال وهذه المسألة ذكرها صاحب التقريب وأشار اليها العراقيون والاحتمال فيها من الجهة التى ذكرتها وهو تجويز الرد مع ملك المشترى فى عين الصبغ فانا قد نجعل الغاصب إذا صبغ الثوب شريكا انتهى فقول الامام هنا تجويز الرد يدل على ان ذلك ليس على سبيل الايجاب بل على سبيل الجواز وحينئذ لا يأتى تاويل الكلام الذى قاله الغزالى لان مقتضى كلامه الآخر والأول لم يقل أحد بجواز الرد مع الشركة فيتوقف التأويل المذكور وحينئذ لا يبقى فرق الغزالى بضرر المشترى متجها لأنه قد يختار ذلك فلا يكون المنع حينئذ لضرره بل لضرر البائع وهو مثل ضرر المغصوب منه والأولى إذا انتهينا إلى هذا المقام ان نصحح تأويل كلام الغزالى فى الوسيط فانه أخبر لكلام امامه وأول كلام الامام محتمل ولفظه الجواز فى آخره ليست ان صريحة فى نفى الوجوب فيرد اليه فهذا اولى من أن يجعل فرق الغزالى واقعا فى غير وجه كلام الامام ويكون الذى اتفق الأصحاب عليه انه لا يتعين حق المشترى فى ان يرد الثوب ويصير شريكا ويقتضى ذلك انه لو دعى البائع لا يجب على المشترى رفيه شىء مما ذكره عن صاحب التهذيب التنبيه الثالث ان صاحب التهذيب قال انه لم يمكنه نزع الصبغ فان رضى البائع بان يرده ويكون معه شريكا فى الزيادة رده وان أبى أمسكه وأخذ الارش وقد تقدم ذلك عن صاحب التهذيب ذكره هناك فقوله ان رضى البائع بالشركة رده إن اراد يجوز للمشترى أن يرده فصحيح لأنهما إذا اتفقا على ذلك لا اشكال فى الجواز وان إراد أنه يجب على المشترى الرد أو يسقط حقه فهو الذى نقل الامام والغزالى انه لم يقل به أحد من الأصحاب (وأما) قوله وان أبى أمسكه فان أراد ان البائع إذا امتنع من الشركة تعين حق المشترى فى الارش وانه لا يجوز للمشترى الزامه وهو ظاهر كلامه فهو موافق لما قاله الرافعى رحمه الله ومخالف لما حكاه الغزالى فى الوسيط من جريان الأوجه الثلاثة لكنه موافق للاصح منها وهو اجابة من يدعو إلى الارش القديم فينبغى أن يكون معنى كلام صاحب التهذيب انه ان اراد البائع ان يرد ويصير شريكا جاز للمشترى الرد وان امتنع البائع تعين على المشترى الامساك وأخذ

الوسيط فان وسع عليه وقتا يقدر على التعلم قبل التعليم ففيه وجهان (الاصح) المنع لان المنفعة مستحقة فى عينه والعين لا تقبل شرط التأجيل والتأخير * وان استأجر ارضا للزراعة وجب ان تكون الزراعة فيها متيسرة والاراضى انواع منها أرض لها ماء دائم من نهر أو عين أو بئر ونحوها ومنها أرض لا ماء لها

الارش يعني على الصحيح والظاهر ان صاحب التهذيب لم يلاحظ الضرر الحاصل للمشترى من الشركة وانما النظر الى ضرر البائع ويجب النظر الى كل منهما كما نظرنا الى كل منهما عند اجتماع العيب الحادث والقديم فتلخص من ذلك ماأذكره ان شاء الله تعالى (التنبيه الرابع) الذى تخلص مماتقدم ان المشترى ان طلب الرد ولايطالب بشيء اجيب قطعا واجبر البائع عليه فان اتفقا على الرد مع قيمة الصبغ جاز قطعا وان اتفقا على اخذ الارش عن العيب القديم جاز قطعا وان اتفقا على رد الثوب مع بقاء الصبغ على ملك المشترى جاز على تعذر من كلام صاحب التهذيب والامام والغزالى على تأويله وذلك مع الارش عن نقصان الثوب بالصبغ أوبدونه ان تراضيا على ذلك وان طلب المشتري قيمة الصبغ وامتنع البائع لم يجبر على الصحيح وان طلب المشترى الارش عن العيب القديم وامتنع البائع من بذل قيمة الصبغ اجبر البائع على إعطاء الارش القديم على الصحيح الذى اقتضاه كلام الوسيط وان طلب المشترى الرد مع الشركة وان يرد ارش نقص الثوب بالصبغ لم يجبر البائع على الصحيح وان طلب المشترى الارش عن القديم وطلب البائع بذل قيمة الصبغ فالمجاب البائع على الصحيح وقد تقدم الفرق بين هذه المسألة وبين بقية المسائل التى نجيب فيها من طلب تقرير العقد وان طلب البائع الرد مع الشركة فى الصبغ لم يجبر المشترى عليها على ماتقدم عن الامام وفيه ماتقدم عن صاحب التهذيب *

﴿ فرع ﴾ لو صبغ المشترى الثوب ثم باعه ثم علم بالعيب قطع ابن الصباغ والمحاملى فى التجريد بانه ليس له الارش لان المشتري قد يرده عليه ويرضي البائع بأخذه وكذلك اذا كان ثوبا فقطعه وباعه ثم علم العيب *

﴿ فرع ﴾ لو قصر الثوب ثم وقف على عيب فينبني على ان القصارة عين أوأثر (ان قلنا) بالأول فهى كالصبغ (وان قلنا) بالثاني رد الثوب بلا شيء فهى كالزيادة المتصلة قال الرافعى رحمه الله وقطع الزبيرى فى المقتضب بان له الرد إذا زادت قيمته بالقصارة وليس فيه مخالفة لما قاله الرافعى ولو لبس الثوب فتغير باللبس امتنع الرد وله الارش قال الزبيرى أيضا وهو ظاهر * لو اشترى شاة فذبحها ثم وجدبها عيبا فله الارش فان رضى البائع بقبولها مذبوحة فلا ارش للمشترى لامكان الرد ولا اجرة على البائع للذبح ان ردت عليه لان الذبح أثر هو نقص هكذا قال الماوردى * آخر ان كان ثوبا فخاطه استحق

ولكن يكفيها المطر المعتاد والنداوة التى تصيبها من الثلوج المعتادة كبعض أراضى الجبال أولايكفيها ذلك ولكنها تسقى بماء الثلج والمطر فى الجبل والغالب فيها الحصول ومنها ارض لاماء لها ولاتكفيها الامطار المعتادة ولاتسقى بماء غالب الحصول من الجبل ولكن ان أصابها مطر عظيم أوسيل نادر

الارش فان رضى البائع بقبوله ان بذل الاجرة فله ان يرجع به مخيطا لان فى الخياطة عيبا زائدا قاله الماوردى * آخر لو اشترى عصيرا حلوا فلم يعلم بعيبه حتى صار خمرا فله الارش وليس له رد الخمر واسترجاع ثمنه سواء ارضى البائع بقبوله أم لا لتحريم المعاوضة على الخمر فلو صار الخمر خلا فقال البائع انا استرجع الخل وارد الثمن ولا ادفع الارش كان له ذلك لان الخل عين العصير ولا مانع من المعاوضة ولا للمشترى فيه عمل يفوت عليه وهذا من تفريع أبي العباس ابن سريج قاله الماوردى والرافعى ويحتمل أن يكون ذلك على ماخرجه ابن سريج من وجوب الارش اذا باع المبيع او وهبه (اما) اذا قلنا بالمذهب وهو انه لايجب الارش في ذلك لعدم اليأس كما سيأتى فالرجوع بالارش فى حالة كونه خمرا ينبغى ان يمتنع الآن لاحتمال ان يعود خلا كما اذا وهبه ثم قولهم للبائع ان يسترجع الخل ولا يدفع الارش ظاهر ذلك يقتضي انه ليس للمشترى حينئذ ان يطالبه بالارش للعلة المذكورة ولكن العلة المذكورة وهي ان الخل هو عين العصير يقتضى ان للمشترى أيضا إذا طلب الرد له ذلك وان امتنع البائع وطلب الارش ويكون ذلك كما لو كان باقيا بحاله ولم اجد فى النقل مايوافق ذلك ولا مايخالفه * آخر لو اشترى ذمي من ذمي خمرا ثم اسلما فوجد المشترى بالخمر عيبا ينقص العشر من ثمنه قال أبو العباس بن سريج للمشتري الارش وهو عشر الثمن ولا رد ولا يبطل ذلك اسلامهما وهو قول محمد بن الحسن فان قال البائع أنا آخذ الخل وارد الثمن فله ذلك ولو كان المشتري علم العيب قبل اسلامهما فلم يرد حتى اسلما لم يكن للمشتري بعد اسلامه الرد ولا الرجوع بالارش اما الرد فلحدوث الاسلام (واما) الارش فلامكان الرد قبل الاسلام فلو كان اسلم البائع وحده بعد تبايع الخمر لم يجز للمشتري رده عليه بالعيب ولو كان المشتري اسلم وحده جاز لان استرجاع البائع تملك للخمر والمسلم لا يتملك الخمر ورد المشتري ازالة الملك والمشتري يجوز أن يزيل ملكه عن الخمر قاله الماوردي عن ابن سريج *

﴿ فرع ﴾ اشتري جارية بعبد ثم وجد بالجارية عيبا قديما فردها ووجد بالعبد عيبا حادثا عند بائع الجارية قال ابن سريج يأخذ مشتري الجارية التى ردها العبد معيبا وليس له المطالبة لبائع الجارية بأرش العيب الحادث عنده أو يأخذ قيمته ان اختار عدم استرداده قال الامام وهكذا نقل عن القاضي حسين وليس الامر كذلك عندنا بل الوجه ان يرد الجارية ويسترد العبد ويطلب ارش العيب الحادث لان العبد مضمون بالقيمة لا بالثمن لانه بعد رد الجارية لو تلف العبد فى يد بائع الجارية فصاحب الجارية

أمكن أن تزرع فالنوع الاول يجوز استئجاره والثالث لا يجوز لانها منفعة غير مقدور عليها وامكان الحصول غير كاف كامكان عود الآبق ورد المغصوب وفى النوع الثانى وجهان (احدهما) وبه قال القفال انه لايجوز استئجاره لأن السقى معجوز عنه فى الحال والماء المتوقع لايعرف حصوله وبتقدير حصوله

يرد قيمة العبد قال الامام والذى قاله ابن سريج ليس بعيداً عن الصواب بدليل أوالزوج إذا أصدق زوجته عبداً ثم طلقها قبل المسيس وغاب العبد فى يد الزوجة تشطر العبد وعاد نصفه إلى ملك الزوج والزوج بالخيار بين أن يرجع بنصف قيمة العبد سليما وبين أن يرضى بنصف معيب ولا يكلفها ضم أرش العيب إلى نصف العين هكذا يمكن أن يقال فى مسألة العبد بالجارية لكن بين المسألتين فرق ظاهر لايخفى حكى الامام المسألة فى آخر الغصب ثم أعاد فى كتاب الصداق وذكر الفرق بين مسألة العبد والجارية وبين مسألة الصداق وذكر الغزالى مسألة العبد والجارية فى آخر كتاب الغصب وجزم القول بأنه إذا استرد العبد معيباً لم يجز له طلب الارش بل عليه أخذه أو أخذ قيمته ثم أعاد المسألة بعينها فى الصداق وقال يأخذ العبد معيبا وله طلب الارش فناقض اختياره فى الوسيط (وقال) فى البسيط هنا بعد ذكر الحكم فى مسألة العبد والجارية إنه يأخذ العبد معيباً ويطالب بالارش وفى الزوج إذا عاد اليه نصف العبد بالطلاق وهو معيب وعليه أن يقنع بالمعيب وفرق بينهما قال بعد ذلك وسمعت الامام فى التدريس يقول ان من أصحابنا من ذكر وجها فى الصداق من مسألة العبد والجارية انه يطالب بالارش وجها فى مسألة العبد والجارية من مسألة الصداق أن لايطالب بالارش والظاهر الفرق ولست واثقاً بالفعل وإنى لم أصادفه فى مجموعه قال أبو اسحق ابراهيم ابن عبد الله بن عبد المنعم بن على بن محمد وهو ابن أبى الدم (قوله) فى مجموعه يريد نهاية المطلب وذكر الامام مسألة العبد والجارية فى آخر كتاب النهاية بعد أن فرغ من شرح سواد مختصر المزنى ذكر بعده مسائل مبددة سردا متنوعة قال انما ذكرتها خوفا من أن أكون أهملتها فى مواضعها فان كنت أهملتها فذكرها مفيد ههنا وان كنت ذكرتها لم تضر اعادتها قال اذا باع عبدا بثوب ففصل صاحب الثوب الثوب وقطعه فوجد الثانى بالعبد عيبا قديما فله رده ثم إذا رده حكى الشيخ وجهين (أحدهما) يسترد الثوب مقطوعا ويسترد أرش النقص وهذا هو القياس لان الثوب لو تلف فى يد آخذه ثم رد عليه العبد بالعيب غرم تمام القيمة فكذلك يجب أن يغرم ارش النقص (والوجه الثانى) انه إذا رد العبد وصادف الثوب معيبا فهو بالخيار إن شاء رضى بالثوب معيبا واسترده من غير ارش وإن شاء ترك الثوب ورجع بقيمته غير معيب فان اختار أخذ الثوب فلا ارش له قال الشيخ اشتهر من كلام الأصحاب إن المتبايعين إذا تخالفا وكان غاب المعقود عليه فى يد أحدهما فانهما يترادان ويرجع على من نقص العوض فى يده بارش النقص عند التفاسخ فلا فرق بين هذه المسألة ومسألة العبد والثوب فان طرد صاحب الوجه الثانى مذهبه فى مسائل التخالف كان ذلك خرقا من الاجماع وإن سلمه بطل هذا الوجه

لايعرف انه هل يحصل فى الوقت الذى تمكن الزراعة فيه (والثانى) انه يجوز ويحكى عن القاضى الحسين لان الظاهر حصول المقصود والتمكن الظاهر كاف ألا ترى ان انقطاع ماء النهر والعين ممكن أيضا لكن لما كان الظاهر فيه الحصول كفى لصحة العقد وهذا أقوى الوجهين وبه أجاب القاضى ابن كج وصاحب المهذب وغيرهما وانما اضاف صاحب الكتاب الاول الى النص لأنه قال فى المختصر

بالعيب أيضاً وتشبث الشيخ أبو على باجراء الخلاف فى مسألة التخالف هذا كلام الامام فى النهاية وقول الشيخ فى ذكر الوجهين وفى قوله اشتهر من كلام الاصحاب هكذا وجدته فى النهاية مطلقا وفيما نقله ابن أبى الدم عن النهاية انه أبو على فى الموضعين وقد ذكر القاضى حسين فى الفتاوى إذا باع حمارا بفرس فمشترى الفرس اخصاه ثم وجد بالحمار عيبا قال إن لم ينقص الاخصاء منه شيئا استرده ولا شيء وإن نقص بعض قيمته رد فرسه وأرش النقص وفى هذا الكلام مخالفة لما تقدم فى صدر هذا الفرع من النقل عن الماضى وقال القاضى أيضاً لو باعه بفرس وعشرة دنانير وأخصى المشترى الفرس ورد الحمار بعيب ونقصت قيمة الفرس استرد الدنانير والفرس وارش النقص وذكر الرافعى رحمه الله هذا الفرع وقال فيه إذا رجع النقصان يعنى فى الثمن إلى الصفة كالشلل ونحوه لم يغرم الأرش فى أصح الوجهين كما لو زاد زيادة متصلة باخذها مجانا وينبغى أن يحمل كلامه على موافقة ابن سريج فى تخيير المشترى لا أنه يتحتم عليه أن يأخذ الثمن ناقصاً وذكر النووى فى الروضة فى آخر مسألة من هذا الباب هذا الفرع من زياداته فقال قال القفال والصيدلانى وآخرون لو اشترى ثوبا وقبضه وسلم ثمنه ثم وجد بالثوب عيباً قديماً فرده فوجد الثمن معيباً ناقص الصفة بامر حدث عند البائع يأخذه ناقصاً ولا شيء له بسبب النقص وفيه احتمال لامام الحرمين ذكره فى باب تعجيل الزكاة وكل ما ذكره فيه مقيد غير أنه كان الأولى ذكره مع كلام الرافعى رحمه الله فيه فانه ليس مسألة زائدة عن الرافعى وما ذكره عن القفال وغيره هو الذى صححه الرافعى وما ذكره من احتمال الامام هو الوجه الآخر قال صاحب التتمة ولا يمتنع عليه رد الجارية سواء أكان العيب الذى بالعبد مثل عيب الجارية أو أكثر من جنسه أو من غير جنسه كما لو كان العيب يساوى أضعاف ثمنه فان له الرد بالعيب وإن كان الضرر فى الرد أكثر منه فى الامساك ﴿ تنبيه ﴾ قوة كلام المصنف تقتضى أن النقص حصل عند المشترى ولكنه لم يصرح به هنا كما صرح به فى التنبيه بقوله وقد نقص المبيع عند المشترى وهو احتراز عما لو علم العيب قبل القبض وقد نقص فان ذلك لا يمنع الرد لأن النقص عند البائع مضمون عليه وهذا ظاهر فيما إذا لم يعلم المشترى بالنقص المذكور وكذلك لو علم ورضى به ثم علم عيباً آخر كما لو اشترى عيناً علم بها عيباً ورضى به ثم وجد عيباً آخر *

وان يكارى الارض التى لاماء لها وانما تسقى بنطف من السماء أوبسيل ان جاء فلا يصح وظاهره يشمل النوع الثانى والثالث وقد يشعر به قوله أوبسيل ان جاء والنطف القطر يقال نطف ينطف نطفا وكل قاطر ناطف (ومنها) ارض على شط النيل أو الفرات أوغيرهما يعلو الماء عليها ثم ينحسر ويكفي ذلك لزراعتها السنة فاذا استأجرها للزراعة بعد ماعلاها الماء وانحسر صح وان كان قبل ان يعلو الماء عليها فان لم يوثق به كالنيل لاينضبط أجره لايصح وان كان الغالب حصوله فليكن على الخلاف فى استئجار النوع الثانى من الاراضى وان كان موثوقا به كالمد بالبصرة صح كماء النهر وان كان يتردد

* قال المصنف رحمه الله تعالى *

{ وإذا أراد الرجوع بالأرش قوم المبيع بلا عيب فيقال قيمتـه مائة ثم يقوم مع العيب فيقال قيمته تسعون فيعلم أنه قد نقص العشر من بدله فيرجع على البائع بعشر الثمن ولا يرجع بما نقص من قيمته لأن الأرش بدل عن الجزء الفائت ولو فات المبيع كله رجع على البائع بجميع الثمن فاذا فات قدر العشر منه رجع بعشر الثمن كالجزء لما ضمن جميعه بالدية ضمن الجزء منه بجزء من الدية ولانا لو قلنا إنه يرجع بما نقص من قيمته أدى إلى أن يجتمع الثمن والمثمن للمشترى فانه قد يشترى مايساوى مائة بعشرة فاذا رجع بالعشرة رجع جميع الثمن اليه فيجتمع له الثمن والمثمن وهذا لايجوز } *

{ الشرح } قد تقدم تفسير الأرش وانه جزء من الثمن نسبته اليه نسبة ماينقص العيب من المبيع لو كان سليما إلى تمام القيمة وبيان ذلك بالمثال الذى ذكره المصنف هنا وبه مثل الشافعي رحمه الله فان الذى نقصه العيب من المبيع السليم عشرة فيرجع بعشر الثمن فالقيمة معتبرة للنسبة خاصة ولا فرق عند الاصحاب بينه وبين ضمان الغصب والسوم والجناية بأنا إذا ضمنا فى هذه المواضع مانقص من القيمة لايلزم الجميع بين البدل والمبدل وفى الارش يلزم الجمع بين الثمن والمثمن قال الشيخ أبو حامد أنه معنى كلام الشافعي والمعنى الأول قاله الأصحاب الشيخ أبو حامد والقاضى أبو الطيب وغيرهما وقدموه فى الذكر كما فعل المصنف فان فيه بيان المعنى الذى لأجله كان كذلك فيحصل به الشفاء أكثر ولكن فيه بحث فان قول المصنف بدل عن الجزء الفائت أى الذى اقتضاه العقد ولم يسلمه البائع (وقوله) ولو فات المبيع كله أى تحت يد البائع قبل التسليم كذلك قاله القاضى أبو الطيب صريحاً وهو ظاهر وإذا كان كذلك فقد يقال ان هذا المعنى يقتضى جواز الرجوع إلى الأرش وإن لم يمتنع الرد وطلب الأرش عند امكان الرد غير سائغ بل قد يقال انه كان ينبغى على هذا المعنى أن يتعين الرجوع إلى الأرش ولو أراد المشترى الرد أو الرضى بالعيب كما أنه إذا فات بعض المبيع قبل القبض أو كله سقط مايقابله من الثمن سواء أرضى المشترى أم لا وكما أنه إذا أخبر فى المرابحة انه اشترى بمائة وكان بتسعين فانا نحكم بسقوط الزيادة وحصتها من الربح على أظهر القولين ولاجل ذلك والله أعلم * قال الامام فى باب المرابحة عند الكلام فى كذب المشترى بالزيادة أن الارش المسترجع وإن كان جزءاً من الثمن فاسترجاعه انشاء نقص فى جزء من الثمن والدليل عليه أن المبيع إذا رد على معيب فموجب العيب الرد ولا يجوز الرجوع إلى الارش مع القدرة على الرد فكان الارش بدل عن الرد وإذا تعذر ولا ينتظم عندنا إلا

فى وصول الماء إلى تلك الاراضى فهو كارض ليست لها ماء معلوم وان كان قد علاها الماء ولم ينحسر فان كان لايرجى انحساره لم يجز استئجارها وكذا لوكان يتردد فيه لان العجز يتعين وزواله مشكوك فيه وان كان يرجى انحساره وقت الزراعة بالعادة فالنص صحته قال الاصحاب فيه وجهان من الاشكال (احدهما) ان شرط الاجارة التمكن من الانتفاع عقيب العقد والماء مانع منه (والثانى) انه يمنع رؤية

هذا وهذا الكلام من الامام أوله يقتضى أن الارش جزء من الثمن يستدرك بانشاء نقص جديد وهذا موافق لكلام الاصحاب وفيه زيادة بيان ان ذلك بطريق انشاء أنقص وليس كالمرابحة وآخره قد يوهم أن الارش ليس فى مقابلة الجزء الفائت ولكن فى مقابلة الرد عند تعذره وتأويله ان الشارع جعل له عند تعذر الرد استرجاع جزء من الثمن عن الجزء الفائت حيث فات عليه الرد ولذلك أتى بكأن التى هى حرف تشبيه فلم يجعله بدلا عن الرد ولكن مشبهاً فان سلطنة الرد لاتقابل بعوض ويجب تأويل كلام الامام كقوله أولا أن الارش جزء من الثمن . لوكان بدلا عن الرد لم يختص بالثمن وعند هذا لايكون فى كلام الامام جواب عن الاشكال الذى أورته إلا بما سأذكره إن شاء الله تعالى وقد ذكر الغزالى احتمالين فى أن الارش غرم مبتدأ أو جزء من الثمن وسيأتى فان قيل ان الارش غرم مبتدأ فلا أشكال من هذا الوجه ويصير كأن البائع معيب لملك المشترى قال الغزالى ويشهد له أن مشترى الجارية بعبد معيب يعلم عيبه يستحل وطئها ولو كان جزءاً منها يعرض العود إلى بائع الجارية لو اطلع على عيب العبد لاورث توقفه شبهة وإن قيل ان الارش جزء من الثمن فالممكن فى فهمه ماقاله الغزالى أن يقال إن المبيع فى مقابلة كل الثمن إن رضى وإلا فهو فى مقابلة بعضه فيخرج ذلك البعض عن المقابلة ويتعين لاستحقاقه قال وهو ظاهر كلام الاصحاب وكأن المقابلة تغيرت ولكن جوز ذلك فيما استبدال سبب فى أصل العقد وإن كان لايجوز ذلك بالتراضى عند إلحاق الزيادة بالثمن بعد اللزوم فهذا الذى قاله الغزالى من دقيق الفقه كما قال ولكن ما الموجب لتغيير المقابلة فانه بالرضى يتبين أن العقد لم ينعقد إلا على البعض أشكل بمسألة الجارية وبما قاله الامام فى المرابحة وإن كان بطريق الانقاض كما ننقض المقابلة فى تفريق الصفقة فى الدوام إنما نأنا نمسك بكل فذلك قول ضعيف فلا يخرج عليه ما اختاره أكثر الاصحاب هنا ووقع فى كلام الامام فى مسألة الحلى ان ذلك اقتضته الضرورة كالتوزيع وليس العقد يقتضيه من الاصل لكن هذا الذى يقوله الاصحاب على خلافه إذ هم يقولون بان العقد فى أصله اقتضى التوزيع كما صور ذلك فى قاعدة مد عجوة فكيف يستقيم على رأى الأصحاب أن الأرش جزء من الثمن وتلخيص الاشكال أن الثمن إن كان مقابلا للمبيع وصفات السلامة وأنه ينقسط عليها كما يقسط على أجزاء المبيع فينبغى عند فوات بعضها أن يسقط مايقابله ولو رضى به معيباً وهذا خلاف الاجماع بل كان ينبغى أن لايصح العقد لان تلك الصفات لاتنحصر فيكون ماقوبل بالثمن مجهولا وهو خلاف الاجماع أيضاً وإن كان الثمن فى مقابلة المبيع على ظن السلامة والاوصاف ليست

الارض فيكون اجارة الغائب (وأجيب) عن الاول بوجهين (احدهما) ان موضع النص ماذا كان الاستئجار لزراعة ماتمكن زراعته فى الماء كالارز فان كان غير ذلك لم يصح الاستئجار حكاه الشيخ أبو حامد عن بعضهم (واصحهما) أنه لافرق بين مزروع ومزروع لكن الماء فيها من مصالح العمارة والزراعة فكان ابقاؤه فيها ضربا من العمارة وايضا فان صرف الماء بفتح موضع ينصب اليه أوحفر بئر ممكن

داخلة فى المقابلة ولا يقتضى فوات وصف منها سقوط بعض الثمن على الرد لفوات الظن فاذا تعذر الرد ودل دليل على وجوب الارش كان ذلك غرامة جديدة لاجزء من الثمن وأحسن مايقال فيه ماتقدم عن الغزالى وقد يقال (٣ن) فوات ذلك الوصف موجب للرد واسترجاع جميع الثمن وقد تعذر الرد فيما قبضه المشترى وهو المبيع المجرد عن ذلك الوصف فيجعل ذلك الوصف فى حكم المقبوض المردود على البائع ويقسط الثمن عليه وعلى الذى تعذر الرد فيه وهو المبيع المجرد عنه استدرا كا للظلامة وكأنه فسخ العقد فيه وهذا معنى قول الامام انه إنشاء نقص جديد ولعله يأتى فى مسألة الحلى زيادة على هذا على أن القول بانه غرم جديد أيضاً ليس صافياً عن اشكال فانه لو كان كذلك لوجب أن يرجع بما نقص من قيمته ولم يصرح أحد بان الأرش غرم جديد من كل وجه فانه كان يلزم أن لايتقدر من الثمن ولا قائل به والامام حكى فى مسألة الحلى عن صاحب التقريب مايقرب من أن الأرش غرم لكن ليس من كل وجه وسنذكره هناك إن شاء الله تعالى (وقال) صاحب الوافى ان المصنف فى باب اختلاف المتبايعين قال إن الثمن لايقسم على الأعضاء وههنا قال الارش بدل عن الجزء الفائت قال وليس بينهما تناقض لان الثمن يقابل المبيع ولا يتقسط على أعضائه بمعنى أن اليد كعين والرجل كعين أخرى بل يقابل المبيع وهو ذو أجزاء فيقابلها من حيث كونها جزءاً لا من حيث أنها عين أخرى ثم إذا صادفها المشترى ناقصة له الرد استدرا كا للظلامة فان لم يفسخ عند الامكان فلا شيء له لان المقابل العين وهى باقية والضرر يزول بالفسخ فان سقط رده بحدوث عيب آخر دعتنا الضرورة الى تمييز مانقص منها من حيث التقويم ليرجع بثمن مافات من المبيع إذ لايندفع الضرر إلا بذلك وهذا ليس فيه إلا دعوى الضرورة وذلك لاشفاء فيه فى جعل ذلك (قلت) جزأ من الثمن وتقدير علة المصنف والوضع مشكل وليس المصنف مختصاً به والفارق جعل وجوب للأرش على وفق القياس وشبهه بما إذا قال بعتك هذه الصبرة وهى عشرة أقفزة فكيلت بعد البيع فخرجت تسعة فانه يسقط

(٣ن) كذا بالاصل

فى الحال وحينئذ يكون متمكنا من الاستعمال بالعمارة بهذه الوسائط فاشبه ماذا استأجر داراً مشحونة بامتعة يمكن الاستعمال بنقلها فى الحال فانه يجوز إلا أن الشيخ أبا محمد حكى وجها فى منع اجارة الدار المشحونة بلامتعة بخلاف بيعها والاظهر الاول (واما) الثانى فمنهم من قال التصوير فيما اذا كان قد رأى الارض قبل حصول الماء فيها اوكان الماء صافيا لايمنع رؤية الارض وان لم يكن كذلك فعلى قولى شراء الغائب ومنهم من قطع بالصحة (أما) عند حصول الرؤية فظاهر (وأما) اذا لم تحصل فلأنه من مصلحة المزارعة من حيث انه يقوى الارض ويقطع العروق المنتشرة فيها فاشبه استتار الجوز واللوز بقشره (والظاهر) الصحة سواء أجرينا القولين أم لا وان كانت الارض على شط نهر الظاهر منها انها تغرق وتنهار فى الماء لم يجز استئجارها وان احتمل ولم يظهر جاز لان الاصل والغالب دوام السلامة

درم كذا إذا قال بعتك هـذا العبد فخرج مقطوع اليد (قلت) ولو صح هذا التشبيه لوجب أن يجرى خلاف فى صحة البيع كما فى مسألة الصبرة وقول المصنف كالجزء إلى آخره إذا جنى عليه جناية ليس لها أرش مقدر فان نفيها من ديته فنقول هذا لو كان عبداً صحيحاً قيمته كذا ولو كان عبداً مع هذه الجراحة قيمته كذا فما بين القيمتين يؤخذ بنسبته من الدية والمصنف فى ذلك تابع للشيخ أبو حامد (فائدة) ادعى ابن الرفعة أن كلام الامام فى باب المرابحة يدل على أن الارش فى مقابلة سلطنة الرد وفى غير ذلك يدل على أنه جزء أن ذلك مناقضة وليس الامر كما قال لمن تأمل كلام الامام وقد أشرت إلى ذلك وذكرت تأويله *.

﴿ فرع ﴾ مقتضى كلام المصنف وغيره أنه إذا لم تنقص القيمة لارجوع بالارش فاذا اشترى عبداً ووجده خصياً بعد أن وجد مايمنع الرد فلا رجوع بالارش أصلا وبه صرح الامام والغزالى فى البسيط والرافعى قال ابن الرفعة إلا أن يكون الاطلاع قبل الاندمال والجراح متألمة فان قيمته قد تنقص فان لم تنقص أيضاً انسد طريق الارش *

﴿ فرع ﴾ مع قولنا بان الارش جزء من الثمن فالمشهور القطع بأنه لايبطل العقد بأخذه وفى شرح الفروع للقاضى أبى الطيب فى كتاب السلم اذا اشترى حنطة معينة بعبد معين وتسلم الحنطة وسلم العبد وأعتقه ثم وجد بالعبد عيباً قدر الارش ورجع بقدره من الحنطة وانتقض البيع فيه وهل ينتقض فى الباقى اختلف أصحابنا فمنهم من قال على القولين فى تفريق الصفقة إذا كان العقد لم ينعقد فى البعض هكذا عبارته والاولى أن يخرج ذلك مع بعده على تفريق الصفقة فى الدوام فانه انتقاص طارئ لابطريق التعيين وقد تقدم البحث فى ذلك وسيأتى له تتمة وإذا أوجب هـذا الأشكال الذى قدمت التنبيه عليه فانظر كيف آل التفريع إلى أن جعل أخذ الأرش مبطلا للعقد بل بمجرد الاطلاع على العيب *

ويجوز ان تخرج حالة الظهور علي مقابل الاصل والظاهر اذا عرف حكم الانواع فكل ارض لها ماء معلوم واستأجرها للزراعة مع شربها منه فذاك وان استأجرها للزراعة دون شربها جاز ان تيسر سقيها من ماء آخر وان اطلق دخل فيه الشرب بخلاف ما اذا باعها لايدخل الشرب فيه لان المنفعة ههنا لاتحصل دونه وهذا اذا اطردت العادة للاجارة مع الشرب فان اضطربت فيأتى الحكم فى الباب الثانى فكل ارض منعنا استئجارها للزراعة فان اكتراها لينزل فيها أو يسكنها أو يجمع الحطب فيها أو يربط الدواب جاز وان اكتراها مطلقا نظر إن قال اكتريت هذه الارض البيضاء ولاماء لها جاز لأنه يعرف بنفي الماء ان الاستئجار بغير منفعة الزراعة ثم لو حمل ماء من موضع وزرعها أوزرع على توقع حصول ماء لم يمنع منه وليس له البناء والغراس فيها نص عليه ووجهوه بان تقدير المدة

﴿ فرع ﴾ لو كان العيب فى عين قبضت عن دين هل يكون الأرش عنها كما قلناه هنا أو يعتبر بما يقابله بدل العين فيه وجهان مذكوران فى الكتابة عند خروج النجم معيباً بعد تلفه هل يتعين الأرش فى رقبة المكاتب أو ماينتقص من النجوم المقبوضة بسبب العيب وهما فى كل عقد ورد على موصوف فى الذمة قال الامام وأمثل من الوجهين أن يقال يغرم السيد ماقبض ويطالب بالمسمى بالصفات المشروطة (قلت) فتلخص ثلاثة أوجه فى كل مقبوض عما فى الذمة خرج معيباً وتعذر رده (أحدها) يرجع على الدافع بارشه بنسبته من العرض كما فى المعاوضات (والثانى) مانقص من قيمته كالمغصوب والمستام (والثالث) يقدم القابض ماقبض ويطالب بالتسليم *

﴿ فرع ﴾ فى فتاوى القاضى حسين اشترى فى صحته بمائة مايساوى مائة فوجد فى مرض موته به عيباً ينقص عشر قيمته ورضى اعتبر من الثلث قال ويحتمل أن لاتعتبر من الثلث لأنه امتناع عن التكسب قال جامع الفتاوى (قلت) وهو الأولى عندى فان اشترى مايساوى خمسين بمائة فوجد فى مرض موته عيباً ينقص العشر ورضى اعتبر من الثلث خمس وخمسون لانه لو رده لربح خمسا وخمسين قال جامع الفتاوى وهذا أيضاً كالأولى والأولى أن لايعتبر من الثلث فان اشترى مايساوى مائة بخمسين والحال كذلك ورضى فهل نعتبر الخمسة من الثلث الظاهر لا لأنه استعاد به أربعين (والثانى) يعتبر تلك الخمسة لانه لو تلف فى يده أو بعد رده كان يأخذها *

﴿ فرع ﴾ لو وجد بعينه بياضا وحدث عنده بياض آخر ثم زال أحد البياضين واختلفا فقال البائع زال القديم وقال المشترى زال الحادث حلفا وأخذ المشترى أرش أحد البياضين فان اختلف البياضان أخذ أرش أقلهما لانه المتيقن والبائع يستفيد بيمينه درء الفسخ والمشترى يستفيد بيمينه أخذ الارش نص عليه الشافعى والاصحاب (وقال) الرويانى ليس للمشترى الرد لانه اعترف بزوال حقه بحدوث العيب ويدعى عود الحق فلا يقبل فى العود إلا بحجة وله الارش لانه كان ثابتا والبائع يدعى زواله *

﴿ فرع ﴾ إذا ثبت الارش فان كان الثمن بعد فى ذمة المشترى برئ من قدر الارش وهل يبرأ بمجرد الاطلاع على العيب أم يتوقف على الطلب وجهان (أصحهما) الثانى ليبقى له طريق الرضى بالعيب بعد الفوات كما لو كان له عند البقاء وميل القاضى حسين الى الاول بخلاف مالو قدر على الرد فان الفسخ لايحصل دون طلب وقد اقتصروا هنا على حكاية هذين الوجهين وكأن ذلك تفريع على

يقتضى ظاهره التفريغ عند انقضائها والغراس والبناء للتأبيد بخلاف ما لو استأجر للبناء والغراس فان التصريح بها صرف اللفظ عن ظاهره وان لم يقل عند الاجارة ولاماء لها فان كانت الارض بحيث يطمع فى سوق الماء اليها لم يصح العقد لان الغالب فى مثلها الاستئجار للزراعة فكان ذكرها وان كانت على قلة جبل لايطمع فى سوق الماء اليها (فوجهان) عن رواية أبى اسحاق ر ظاهره الصحة ويكفى

أن الأرش جزء من الثمن (أما) إذا قلنا غرم جديد فلا تحصل البراءة أيضا بالطلب بل للبائع أن يعطيه من فان اتفق الدينان جرى التقاصي ولو كان قد وفاه الثمن وهو باقي فى يد البائع فهل يتعين لحق المشترى أويجوز ابداله لانها غرامة لحقه وجهان (أصحهما) الاول هكذا قال الغزالي والرافعي وتعليله يقتضيان الوجه الثاني مفرع علي ان الارش غرم مبتدأ أما اذا قلنا هو جزء من الثمن فيتعين جزء منه لحق المشترى وينتقل إلى المشترى بمجرد الطلب أو الاطلاع فلا يسوغ للبائع ابداله لكنها فيما إذا كان فى الذمة ثم يلاحظ القول بانه غرم جديد كما تقدم فيجب طرد هذا الوجه هناك كما تقدم أن يقال هنا (إن قلنا) أن الغرم جديد لم يتعين (وإن قلنا) جزء من الثمن فوجهان ينبنيان على أن المقبوض عما فى الذمة هل يعطى حكم المعين فى العقد وفيه وجهان ذكرها الرافعي بعد هذا بمسألة ولم يصحح منها شيئا (إن قلنا) يعطى حكم المعين فى العقد لم يجز إبداله والا جاز ابداله وذكر الرافعي رحمه الله مسألة ما إذا كان الثمن فى الذمة وفاه وهو باق بحاله ورد المبيع عليه هل يتعين لأخذ المشترى فيه وجهان بعد هذا بمسأله وهى غير المسألة الأولى لأن تلك فى الأرش وهذه فى الرد والمأخذ غير المأخذ لكن تصحيحه التعين فى الأولى فرع عن تصحيح التعين فى الثانية كما نبهت عليه وسأذكر المسألة إن شاء الله تعالى عند رد البيع والثمن تالف فانى هنا إنما ذكرت مايتعلق بالارش وإن كان الثمن معينا وهو باق فى يد المشترى ففية وجهان فى النهاية الاصح تعينه ويجب بناؤهما على ماتقدم (إن قلنا) الارش غرم لم يتعين وان قلنا جزء من الثمن تعين أخذ الارش منه تالفا فهو كما إذا رد المبيع والثمن تالف وسيأتى أنه يقوم مقام مثله ان كان مثليا وقيمته ان كان متقوما ان شاء الله تعالى *

* قال المصنف رحمه الله تعالى *

{ وأن اختلفت قيمة المبيع من حال العقد الى حال القبض قوم بأقل القيمتين لانه ان كانت قيمته وقت العقد أكثر ثم نقص كان مانقص في يده مضمونا عليه وما كان نقصانه من ضمانه فلايجوز أن يقوم على البائع وان كانت قيمته وقت العقد أقل ثم زادت في يده فانها زيادة حدثت في ملك المشترى لاحق للبائع فيها فلايجوز ادخالها فى التقويم } *

هذه القرينة صارفة فاذا اعتبرنا نفي الماء ففي قيام علم المتعاقدين مقام التصريح بالنفي وجهان (اشبههما) المنع لان العادة في مثلها الاستئجار للزراعة فلا بد من الصرف باللفظ الا ترى انه لما كانت العادة في الثمار الابقاء وأردنا خلافه اعتبرنا التصريح شرط القطع واعلم ان في المسألة تصريحا بجواز الاستئجار مطلقا من غير بيان جنس المنفعة وسياق الكلام فيه واما لفظ الكتاب فقوله وان كان فى محل تتوقع الزراعة كان التصريح بالزراعة جواب على احد الوجهين فاما على رأي من لايفرق ويقول سواء

﴿ الشرح ﴾ تقدم أن القيمة معتبر معنى لايجاب الأرش والاعتبار بانه قيمة فيه طريقان (أصحهما) وهى التى جزم بها المصنف وشيخه أبو الطيب والماوردى والرويانى وغيرهم القطع بان الاعتبار باقل القيمتين من قيمة يوم العقد ويوم القبض فانه إن كان عند العقد أكثر فالنقصان من ضمان البائع وإن كانت عند القبض أكثر فالزيادة حدثت فى ملك المشترى (والطريقة الثانية) أن فى المسألة ثلاثة أقوال أصحها هذا (والثانى) ونقل عن نصه فى موضع ان الاعتبار بقيمته يوم القبض وهو الذى صححه الغزالى فى باب التخالف وفرق بينه وبين التخالف ونقل عن الفورانى أن هذا القول من رواية عبد العزيز بن مقلاص ووجهه أن الثمن يومئذ قابل المبيع (والثالث) نقله الرافعى عن رواية ابن مقلاص ان الاعتبار بقيمة يوم القبض وقد رأيته منصوصاً فى باب الغصب من اختلاف العراقيين معللا بأنه يومئذ تم البيع وأصحاب هذه الطريقة أثبتوا هذين القولين مع الأول الصحيح وممن اقتصر على إيراد هذه الطريقة الامام والغزالى إلى أن قال الرافعى والأكثرون قطعوا بالأول وحملوا كل نص على ما إذا كانت القيمة المذكورة أقل (واعلم) أن هذه المسألة معروفة بالأشكال لاسيما على عبارة المصنف فى تعليله وأنا إن شاء الله تعالى أذكر ماقيل فى ذلك من حيث المذهب وبيان الصحيح منه وأذكر ما اعترض به على المصنف وما قيل فى جوابه (اعلم) أن طائفة من الأصحاب أهملوا التعرض لوقت اعتبار القيمة وبعضهم زعم أن ذلك لافائدة فيه وأن الأرش لايختلف بذلك ذكر ذلك ابن أبى عمرون وسبقه اليه الشاشى فى الحلية والأكثرون اعتبروا ذلك وتكلموا فيه ونص الشافعى يدل لهم ثم اختلفوا هل يعتبر يوم العقد أو يوم القبض أو أقل الأمرين وهو الصحيح ثم اختلفت عباراتهم عن هذا القول الثالث فالأكثرون يقولون كما قال المصنف إنه يقوم بأقل القيمتين من يوم العقد ويوم القبض وعلى ذلك جاءت عبارة الرافعى فى الشرح والمحرر والنووى فى الروضة

كانت الزراعة متوقعة أولم تكن فلاطلاق كالتصريح بالزراعة فيجوز ان يعلم ـ بالواو ـ وقوله وكان فى محل تتوقع الزراعة وابعد الماء الدائم الذى لاانقطاع له (وقوله) فان علم انحساره فهو صحيح يمكن اعلامه ـ بالواو ـ للوجه الذى رواه الشيخ أبو حامد فى الفرق بين الارز وغيره (وقوله) ان تقدمت رؤية الارض أوكان الماء صافياً لايمنع رؤية الأرض والافهو على الخلاف فى شراء الغائب *

قال ﴿ وإجارة الدار للسنة القابلة فاسدة (ح) إذ لاتسلط عليه عقيب العقد مع اعتماد العقد العين ﴾*

عرفت انقسام الاجارة أى واردة على العين ووارده على الذمة أما إجارة العين فلا يجوز ايرادها على المستقبل كايجار الدار للسنة القابلة والشهر الآتى وكذا إذا قال أجرتك سنة مبتدأة من الغد أو من الشهر الآتى أوأجرتك هذه الدابة للركوب إلى موضع كذا على أن تخرج غداً (وقال) أبوحنيفة

وعبارة ثانية قالها الامام فى النهاية أن المعتبر ماهو أضر بالبائع فى الحالين ويعبر عنه بأن المعتبر كثرة النقصانين وعبارة ثالثة قالها النووى فى المنهاج أنه يعتبر أقل قيمة من يوم العقد إلى القبض (فأما) عبارة النووى فى المنهاج فأؤخر الكلام عنها حتى أفرغ من عبارة الأولين (وأما) عبارة الامام فادعى ابن الرفعة أنها راجعة لعبارة الأكثرين لان اعتبار أقل القيمتين يقتضى أن يكون الواجب من الأرش الأكثر فى الحالين فان المعنى بأقل القيمتين قيمة المبيع مع العيب فى حالة العقد وحالة القبض كما إذا كانت قيمته سليما عشرة فى الحالين ومعيباً يوم العقد ثمانية ويوم القبض تسعة فاعتبار أقل القيمتين يوجب الخمس من الثمن وهو أكثر من العشر وهذا الذى قاله فيه نظر وأول ما أقدم أن لنا قيمة منسوباً اليها وهى قيمة السليم وقيمة منسوبة وهى قيمة العيب ونسبة بينهما بها يعرف قدر العيب من السليم فتارة تكون تلك النسبة بين القيمتين يوم العقد كهى بينهما بعد ذلك وإن كان حال المبيع مختلفاً فى اليومين فهنا لا أثر للاختلاف مع اتحاد النسبة مثاله قيمة السليم يوم العقد مائة ويوم القبض الف أو عشرة وقيمة المعيب يوم العقد تسعون ويوم القبض تسعمائة أو تسعة فالنسبة فى اليومين العشر ولا أثر للاختلاف بالزيادة ولا بالنقصان ولا فرق بين اعتبار أقل القيمتين واعتبار أكثرها والساقط من الثمن على التقديرين العشر وإن اختلفت النسبة فقد يكون ذلك لاختلاف قيمة العيب مع بقاء قيمة السليم على حالها وقد تكون بالعكس وقد يكون باختلافهمامعا (مثال الاول) قيمته فى اليومين سليما عشرة ومعيباً يوم العقد تسعة ويوم القبض ثمانية فالاختلاف هنا فى المنسوب فان نسبنا قيمة يوم العقد كان الارش التسع وإن نسبنا أقل القيمتين كان الخمس وهو أنفع للمشترى وكلام الامام تصريح وإطلاق كلام المصنف وغيره يقتضى أنا نسلك هذه الطريقة التى هى أنفع للمشترى فاعتبار أقلّ القيمتين هنا أوجب زيادة الارش وإيجاب أكثر النقصانين من الثمن لكنى سأبين إن شاء الله تعالى فى آخر الكلام

وأحمد يجوز ذلك * لنا القياس على البيع فانه لو باع على أن يسلم بعد شهر فانه باطل ولو قال أجرتك سنة فاذا انقضت السنة فقد أجرتك سنة أخرى فالعقد الثانى باطل على الصحيح كما لو قال إذا جاء رأس الشهر فقد أجرتك مدة كذا فاما الاجارة الواردة على الذمة فيحتمل فيها التأجيل والتأخير كما إذا قال الزمت ذمتك حملى إلى موضع كذا على دابة صفتها كذا غداً أو غرة شهر كذا كما لو أسلم فى شئ مؤجلا وإن أطلق كان حالا وإن أجر داره سنة من زيد ثم أجرها من غيره السنة الثانية قبل انقضاء الاولى لم يجز فان أجرها من زيد نفسه (فوجهان) ويقال قولان (أحدهما) المنع لأنه إجارة سنة قابلة كما لو أجر من غيره أو منه مدة لاتتصل بآخر المدة الأولى (والثانى) وهو المنسوب إلى نصه أنه يجوز لاتصال المدتين كما لو أجر منه السنتين فى عقد واحد وهو أصح عند صاحب التهذيب وغيره ورجح فى الوسيط الوجه الأول محتجا بان العقد الأول قد ينفسخ فلا يتحقق شرط العقد

أن المصنف والاصحاب لم يريدوا هذا القسم ولا حاجة لهم اليه هنا لانهم بينوا فى موضع آخر أن العيب الحادث قبل القبض من ضمان البائع والنقصان مع بقاء قيمة السليم لابد أن يكون بعيب والزيادة لابد أن تكون بنقصان العيب ونقصانه يمنع من ضمان ما نقص منه كزواله (ومثال الثانى) قيمته معيبا يوم العقد ويوم القبض ثمانية وسليما يوم العقد عشرة ويوم القبض تسعة أو بالعكس فالاختلاف ههنا فى القيمة المنسوب اليها فان نسبنا إلى أقل القيمتين كان الارش التسع وإن نسبنا إلى أكثرها كان الارش الخمس فاعتبار الاقل هنا فيه نفع للبائع لا للمشترى فليس فيه ايجاب أكثر النقصانين بل أقلهما وهو التسع من الثمن وهذا القسم يظهر أنه مراد المصنف والاصحاب على ما سأوضحه إن شاء الله تعالى (ومثال الثالث) قيمته يوم العقد سليما عشرة ومعيبا تسعة ويوم القبض سليما تسعة ومعيبا ثمانية فاعتبار الاقل يوجب أن الارش التسع وهو أنفع للمشترى من العشر وأكثر نقصانا من الثمن أو تكون قيمته يوم العقد سليما عشرة ومعيبا تسعة ويوم القبض سليما اثنى عشر ومعيبا عشرة فاعتبار الاقل يقتضى أن الارش التسع واعتبار الاكثر يقتضى أنه السدس وهو أنفع للمشترى وأكثر نقصانا من الثمن أو تكون قيمته يوم العقد سليما عشرة ومعيبا خمسة ويوم القبض سليما ستة ومعيبا أربعة فاعتبار أقل القيمتين يقتضى أن الارش الثلث واعتبار أكثرها يقتضى أن الارش النصف وهو أنفع للمشترى وأكثر نقصانا من الثمن وإذا تأملت الذى ذكرته فى القسمين الاولين لم يخف عليك اختلاف الامثلة واحكامها فى هذا القسم إن شاء الله تعالى إذا عرفت ذلك * فأقول إن الامام عبر عن الوجه الثالث الصحيح ان المراعى ما هو الاضر بالبائع فى الحالين والعبارة عنه بأن المعتبر أكثر النقصانين ومثله بأن يكون العيب القديم يوم العقد منقصا ثلث القيمة ويوم القبض منقصا ربعها وهذا الكلام من الامام رحمه الله إنما يستمر مع عبارة المصنف والاصحاب إذا كان فرض المسألة فيما إذا كان الخلاف من جهة العيب وان المراد بأقل القيمتين اقل قيمتى العيب

الثانى وهو الاتصال بالأول ولمن نص الوجه الثانى أن يقول رعاية الاتصال ظاهراً وذلك لايقدح فيه الانفساخ العارض ولو أجرها من زيد لسنة وأجرها زيد من عمرو ثم أجرها المالك من عمرو السنة الثانية قبل انقضاء المدة الأولى ففيه الخلاف ولا يجوز أن يؤجرها من زيد ولا يؤجرها من عمرو لأن زيداً هو الذى عاقده فيضم إلى ما استحق بالعقد الاول السنة الثانية *

قال (ولو أجر سنة ثم أجر من نفس المستأجر السنة الثانية فوجهان * ولو قال استأجرت هذه الدابة لأركبها نصف الطريق وأترك النصف اليك * قال المزنى هو إجارة للزمان القابل إذ لايتعين له النصف الأول * وقال غيره يصح * وإنما التقطع بحكم المهايأة فهو كاستئجار نصف الدابة ونصف الدار وهو صحيح (ح)) *

ولو أجر سنة وباعها فى المدة وجوزناه لم يكن للمشترى أن يؤجر السنة الثانية من المكترى لانه لم تكن

المنسوبة لا أقل قيمتى السليم المنسوب اليها وذلك فى القسم الاول يستقيم فيه ان المعتبر اقل القيمتين والواجب أكثر الامرين ويبقى القسم الثانى والثالث مسكوتا عنهما هل يراعى فيهما الاضر بالبائع كما قاله فيقوم بالاكثر أم لا بل يقوم بالاقل دائما كما اطلقه الاصحاب فان ثبت ان نفع المشترى مراعى مطلقا فعبارة الامام فى قوله اكثر النقصانين احسن من قول الباقين اقل القيمتين لان النقصان نسبة والمراد أكثر الامرين نقصانا من السليم واقل القيمتين راجع إلى القيمة فى نفسها لا إلى ما انقصه من السليم وايضا فى القسم الثانى يصح كلام الامام ونوجب أكثر النقصانين وليس هو باعتبار اقل القيمتين فعبارة الامام مطردة فى الاقسام الثلاثة هذا ان كان الحكم مساعداً له على ذلك فى جميع الاقسام واكثر الاصحاب لم يذكروا إلا أقل القيمتين ولم يبينوا ماعدا ذلك وكانهم رضوا بان القيمة عن السليم سواء واختلفت قيمة المعيب بحسب زيادة وصف فى ذات المبيع أو نقصان فيه فينسب النقص لانه من ضمان البائع ولاتنسب الزيادة لانها حادثة فى ملك المشترى والامر المنسوب اليه وهو قيمة السليم لم يتكلموا فى حال اختلافها ويحتمل ان يكون المعتبر الاقل مطلقا فاذا اختلفنا معا اعتبرنا اقل قيمتى المعيب ونسبناها الى اقل قيمتى السليم وحينئذ يصح اطلاق كلام المصنف والاصحاب ولا يصح اطلاق عبارة الامام لما تقدم من المثالين الآخرين فى القسم الثالث وكذلك فى القسم الثانى أيضا فالموافق لاطلاق الاصحاب ذلك ولا يبقى المراعى ضرر البائع مطلقا ولاضرر المشترى مطلقا ولم أرفى ذلك نقلا صريحا الان فى تعليقة الشيخ أبى حامد قال (فاما) وقت تقويمه سليما فهو انقص الحالين قيمة من حالة العقد اوحالة القبض نقومه فى تلك الحالة ثم يقومه وبه العيب وهذا يدل على ان المراد اقل قيمتى السليم المنسوب اليها لااقل قيمتى المعيب وفى هذه الصورة وهى الثانى التى ذكرته فى ذلك المثال يكون التقويم باقل القيمتين انفع للبائع وكذلك كلام الماوردى يفهم منه مايوافق الشيخ أباحامد فانه قال فى مسألة الجارية تقويم فى أقل الحالتين فاذا قيل قيمتها فى

بينهما معاقدة ويرد نحوه أن الوارث هل يتمكن منه إذا مات المكرى فى المدة لأن الوارث نائبه ولا يجوز أن يؤجر الدار والحانوت شهراً على أن ينتفع به الايام دون الليالى لأن زمان الانتفاع لايتصل بعضه ببعض فيكون إجارة الزمان المستقبل وفى مثله فى العبد والبهيمة يجوز لانهما لايطيقان العمل الدائم ويرفهان الليل على العادة وإن أطلق الاجارة ولو أجر دابته لموضع ليركبها المكرى زمانا ثم المكترى زمانا لم يجز لتأخر حق المكترى وتعلق الاجارة بالزمان المستقبل وإن أجرها منه ليركب المكترى بعض الطريق وينزل ويمشى فى البعض أو من اثنين ليركب هذا زمانا وهذا مثله ففيه أوجه (أحدها) ان الاجارة فاسدة فى الصورة الأولى صحيحة فى الثانية لأنه إذا اكتري من اثنين اتصل زمان الاجارة بعضه ببعض فاذا اكتري من واحد تفرق فتكون اجارة الزمان المستقبل (وثانيهما) للمنع فى الصورتين لانه اجارة الى آجال متفرقة وأزمنة متقطعة (وثالثها) وبه قال المزنى

تلك الحال بكرا لاعيب بها مائة قومت بكرا وبها ذلك العيب فاذا قيل تسعون كان مابين القيمتين العشر فيرجع بعشر الثمن فهذا وجه من الاشكال فى هذه المسألة قد انحل بحمد الله تعالى وتبين بحمد الله ان المراد أقل قيمتى السليم وليس المراد قيمتى المعيب كما ظنه ابن الرفعة وغيره ولايجب أن يكون المراعى هو الأضر بالبائع مطلقا كما قاله الامام وهذا الذى لحظه أبوحامد هو الصحيح فان المنسوب اليه هو القيمة والمنسوب هو العيب الموجود قبل العقد وبعده الى القبض مالم يطلع البائع عليه فلاوجه لاعتبار اختلافه وانما المنسوب اليه هو المتبر وهو قد يقل وقد يكثر وهذا الذى قاله الشيخ أبوحامد يعين معنى قول المصنف فلايجوز أن يقوم على البائع وانه صحيح وسيأتى الكلام عليه إن شاء الله تعالى (وأما) مايختص بالصفة فنذكره فى ضمن فائدة (فائدة) قال الفارقى فى كلامه على المهذب هذه المسألة يعنى مسألة الكتاب التى ذكرها المصنف فاسدة الوضع والاصل وفاسدة التعليل وليس لنا فى الكتاب مسألة أظهر فسادا منها (أما) فساد وضعها فانه يعتبر تقويمه باقل القيمتين على ماذكر وانما يكون هذا الاعتبار صحيحا ومفيدا اذا كان الارش اسقاط جزء من قيمة المبيع وليس الامر كذلك وانما نحن نسقط من الثمن جزءا بقدر نسبة فوائد ماينقص من قيمته بالعيب مثلا اذا اشترى عبدا بمائة فوجده مقطوع اليد فانا نقومه صحيحا بمائة ومقطوعا بتسعين ونعلم أنه قد سقط عشر الاصل فيسقط فى مقابله عشر الثمن ولافرق بين ان تكون قيمته مائة أوالفا أوعشرة فان أثر العيب فى التنقيص واحد فانه اذا كان اثر العيب فى تنقيص عشرة من مائة نقص من الالف مائة ومن العشرة دينار فنسبة كل واحد من هذه الى أصله بالعشر فيقسط فى مقابله عشر الثمن وعشر الثمن لايتفاوت على جميع الاحوال وانما يتفاوت عشر القيمة ونحن انما نوجب عشر الثمن ولامبالاة باختلاف عشر القيمة واكثرها * بيان فساد التعليل ان حصر اعتبار القيمة من حال العقد الى حال القبض فعرفنا ان النقصان فى يد البائع وليس يريد نقصان القيمة باختلاف الرغبات وكثرة المبتاع وقلته وانما يريد فوائد المبتاع كهزال الدابة وتغيير الثوب أوحدوث

فى الجامع الكبير تخريجا ووافقه صاحب التلخيص أنه تجوز الاجارة فى الصورتين مضمونة فى الذمة ولا تجوز علي دابة معينة والفرق أنها اذا كانت فى الذمة فان أجر من واحد فقد ملكه نصف المنافع على الاشاعة فيقاسم المالك وان أجرها من اثنين ملكهما الكل نسقا فيتقاسمان (وأما) اجارة العين فانها تتعلق بازمنة متقطعة فتكون اجارة الزمان المستقبل (وأصحها) وهو نصه في الام جواز الاجارة فى الصورتين سواء وردت على العين أو الذمة ويثبت الاستحقاق فى الحال ثم بتقسيم للمكترى والمكرى أو المكتريان والتأخير الواقع من ضرورة القسمة والتسليم لايضر وهذه المسألة تشهر بكراء العقب وهو جمع عقبة والعقبة النوبة وهما يتعاقبان على الراحلة إذا ركب هذا تارة وهذا تارة (واذا قلنا) بالجواز فلو كان بالطريق عادة مضبوطة إما بالزمان بان يركب يوما وينزل يوما أو

آفة به فقوله كان ماقص مضمونا عليه يعنى أن العين المبيعة مضمونة على البائع (وقوله) وكان نقصانها من ضمانه يعنى الجزء الفائت من الثمن أو فوات جزء يكون من ضمان البائع كما أن جملة المبيع من ضمانه (وقوله) فلا يجوز أن يقوم على البائع كلام يتناقض فى نفسه لانه إذا كان الناقص ونقصانه مضمونا عليه وجب أن يكون مقوما اما أن لايقوم عليه لانه مضمون عليه فهذا كلام يتناقض لا فائدة فيه قال وإن كانت قيمته يوم العقد اقل إلى آخره وهذا أيضاً ظاهر الفساد والتناقض لانه إذا كانت هذه الزيادة حق المشترى لا حق للبائع فيها فيجب تقويمها عليه حتى نوجب عليه قدر مانقص من فواتها مضمونا إلى قدر الارش فثبت بذلك بيان فساد التعليل والوضع جميعا هذا كلام الفارقى رحمه الله وزاد ابن معن فى حكاية عنه ان معرفة فساد التعليل يحتاج إلى معرفة أمرين (الاول) أن الضمير فى قوله لانه إن كانت قيمته أكثر ثم نقص كان مانقص مضمونا عليه فكان نقصانها من ضمانه فلا يجوز أن يقوم على البائع إما أن يكون عائداً إلى البائع أو المشترى لاجائز أن يعود إلى المشترى لانه حصر اعتبار القيمة من يوم العقد إلى يوم القبض ولا يتصور أن يكون فى يد المشترى إلا بعد القبض ولو نزلنا جدلا ان الضمير يعود إلى المشترى بطل قوله من حين العقد إلى حين القبض فتعين أن يكون المراد بقوله مضمونا عليه فكان النقصان من ضمان البائع لاغير هذا الامر الاول (الامر الثانى) أن المراد بالنقصان تغير أحوال المبيع كحدوث آفة فى الثوب أو الدابة لابغيره لاختلاف القيمة باعتبار نقصان الرغبات وكثرتها وانخفاض الاسواق وارتفاعها وحينئذ قوله فكان نقصانها من ضمانه فلا يجوز أن تقوم على البائع ظاهر التناقض لانه نقصان جزء كما بيناه من الامر الثانى وكما أن جملة المبيع من ضمان البائع كذلك جزؤه ولا يمكن أن يعود الضمير إلى المشترى لما بيناه فى الامر الأول هذا كلام ابن معن حاكيا عن الفارقى ولاجل كلام الفارقى هذا قال ابن أبى عصرون انه لافائدة فى اعتبار أقل القيمتين قال فى الانتصار ونص الشيخ أبو اسحق فى المهذب على انه يقوم باقل القيمتين وكذلك فى الحاوى وذكره القاضى

بالمسافة بأن يركب فرسخاً ويمشي فرسخا حمل العقد عليها وليس لاحدهما أن يطلب الركوب ثلاثا والنزول ثلاثا لما فى دوام المشى من التعب وان لم تكن عادة مضبوطة فلا بد من البيان فى لابتداء وان اختلفا فى من يبدأ بالركوب فالحاكم القرعة ولو أكرى الدابة من اثنين ولم يتعرض للتعاقب (قال) فى التتمة إن احتملت الدابة ركوب شخصين اجتمعا على الركوب والا فالركوب يخرج على المهايأة كما سبق ولو قال أجرتك نصف الدابة إلى موضع كذا أو اجرتك الدابة لتركبها نصف الطريق صح ويقتسمان اما بالزمان أو بالمسافة وهذه إجارة المشاع وبه قال مالك (وقال) أبو حنيفة واحمد لاتصح إجارة المشاع الا من الشريك وفى اجارة نصف الدابة وجه أنها غير جائزة للتقطع بخلاف اجارة نصف الطريق وبخلاف ما اذا أجر منهما ليركبان فى محمل ونعود الى مايتعلق بلفظ

أبو الطيب فى بعض كتبه ثم خط عليه وقد أوضحت وجه فساده وبفساده قال الشاشى الأخير ثم اختار أن تعتبر قيمته حال العقد لأنه موجب للضمان والقبض مقدر له كما فى الحكومة فى الجناية قال ابن أبى عصرون وهذا يعنى كلام الشاشى رجوع عما اعترف بصحته ورده على غيره ثم لا وجه لما اختاره (وقوله) إن العقد هو الموجب للضمان مسلم لكن بماذا بالثمن أو بالقيمة فلا فائدة فى النظر إلى قدرها وإنما جعلت معيار المعرفة المستحق للرجوع به من الثمن فلا تختص بقيمته حالة العقد وأما الجناية على الجزء فانما اعتبرت حالة الجناية لأنها حالة كمال المجنى عليه واعتبرت بعد الجناية لأنها حالة النقصان ليعلم مانقص من قيمته ولو كان عبداً ثم قال الشاشى معترضاً لو كانت قيمته حال العقد تسعين والعيب ينقصه خمسة والخمسة من المائة نصف عشر ومن التسعين أكثر لم تستمر النسبة فى الرجوع به ثم أجاب فقال هذا التصوير تحكم لأن العيب الواحد ينقص من الكثير القيمة بالنسبة إلى ماينقصه من قليل القيمة لاسيما والعين على صفة واحدة وإنما التفاوت من جهة السوق قال ابن أبى الدم وأنا أقول فى القلب من هذه المسألة وبما قاله هذان الشيخان يعنى الفارقى وابن أبى عصرون حسيكة عظيمة وأنا أفرغ الجهد فيما ذكر عندى فيها نقلا وبحثا إن شاء الله تعالى ثم ذكر ابن أبى الدم بعد ذلك كلام الماوردى والامام والغزالى وحكايتها مع المراوزة الأقوال الثلاثة قال فاختار الشيخ ابو اسحق قولا منها وترجيحه لما لا يكون فاسداً ولا غلطا كما ذكره الفارقى بل ماذكره الفارقى من الايراد والاشكال غلط فان التقويم ما كان لايجاب عين القيمة بل لمعرفة نسبة مايرجع به من الثمن فالقيمة معيار وإذا كان كذلك فقد ظهر صحتها وإفادتها (وقوله) ان أثر العيب فى التنقيص واحد خطأ لانه إذا كان الثمن مائة فوجده مقطوع اليد يقوم سليما فكانت قيمته يوم العقد ويوم القبض تسعين فان اعتبرنا يوم العقد علم أنه نقص منه خمس قيمته فيرجع بخمس الثمن وإن اعتبرنا قيمة يوم القبض علم أنه نقص عشر قيمته فيرجع بعشر

الكتاب خاصة (أما) تضمينه مسائل الفصل شرط القدرة على التسليم فكان سببه أن منافع الزمان المستقبل غير مقدور عليها (أما) اذا نجز كان التسليم فى الزمان الحاضر مقدورا عليه فينسحب حكمه على جميع المدة المتواصلة للحاجة (وقوله) فاسد معلم - بالحاء والالف - وأراد بقوله اذ لا تسلط عليه عقب العقد مع اعتماد العقد العين لن هذه الاجارة متعلقة بالعين غير واردة على الذمة وذلك يقتضى التسليط فى الحال وقوله (فوجهان) يجوز اعلامه - بالواو - ولان أبا الفرج السرخسى حكى طريقة قاطعة بالمنع كما لو أجر من غير المستأجر ولفظ الكتاب فى مسألة كراء العقب لايتناول الا الاجارة الواردة على العين والا اذا اتحد المكترى لايجيء حينئذ الا وجهان كما ذكرنا (وقوله) وهو صحيح يجوز أن يعلم - بالحاء والالف - لمذهبهما فى اجارة المشاع *

(فرع) لاتجوز اجارة مالا منفعة له فى الحال و يصير منتفعا به ش ن الاحـ ة

الثمن لحصل التفاوت الظاهر وهذا واضح لا إشكال فيه وإنما فهم الفارقى أنه جعل قيمته معيباً تسعين وقيمته بالعوض مائة (قال) فنعلم أن الناقص عشر القيمة فيرجع بعشر الثمن وتوهم أن ذلك لازم لايتغير ولا شك أنه يمكن أن تكون قيمته معيباً يوم العقد أكثر ويمكن أن تكون قيمته معيباً يوم القبض أقل وإذا فرض تفاوت القيمة بالنسبة إلى الزمانين وجب اعتبار أحدهما لاختلافها وقول الفارقى فى فساد التعليل فنى ما ذكر من كلام الشيخ غنية عنه وعلى الجملة فهذا القول الذى صار اليه الشيخ أبو اسحق ليس قولا له اخترعه وإنما هو قول مقول عن أئمة المذهب فلا يليق بالمتأخر إظهار شناعة على من اختاره وذكره فى تصنيفه فانه فاسد ليس فى كتابه شىء أظهر فساداً منه وإنما اللائق به إن كان تكلم على دليله وأورد عليه بما يتوجه عليه من اشكال أو مباحثة أما الحكم عليه بانه أفسد شىء فى كتابه فخطأ محض منه وسوء أدب وممن اختار ما اختاره الشيخ أبو اسحق (١) والبغوى ﴿ قلت ﴾ وما قاله ابن ابى الدم من وجوب حفظ الادب صحيح وما قاله المصنف هو بلفظه وحروفه فى تعليق القاضى أبى الطيب فلا اختصاص للمصنف به وقد علمت ان الشافعى رحمه الله نص فى اختلاف العراقيين على اعتبار يوم القبض قال وقيمتها يوم قبضها المشترى من البائع فلو لم يكن لاختلاف القيمة أثر لما قيد الشافعى بيوم القبض فيجب النظر فى اختلاف القيمة وبيان كونه مؤثراً فى اختلاف الارش وما فرضه ابن ابى الدم لعله من اختلاف قيمة المعيب مع تساوى قيمة السليم يوم العقد ويوم القبض والعيب واحد كما مثل به من قطع اليد بعيد لانه متى كانت قيمة السليم يوم العقد ويوم القبض سواء والعيب واحد والمبيع واحد فكيف تختلف قيمة العيب لكن قد قدمت امثلة تغنى عن ذلك من جملتها ان تتحد قيمة السليم وتختلف قيمة المعيب لزيادة العين او نقصانها واستبعاد الشاشى له وقوله ان العيب ينقص من كثير القيمة بالنسبة الى ماينقص من قليلها فالكلام عليه من وجهين (احدها) ان الشاشى قصر الكلام على اختلاف قيمة السليم المنسوب اليها واتحاد العيب

(١) بياض بالاصل

موضوعة على تعجيل المنافع بخلاف المساقاة على مالا يثمر فى تلك السنة ويثمر بعدها لان تأخر الثمار محتمل فى كل مساقاة *

قال ﴿ والعجز شرعا كالعجز حسا * فلو استأجر على قلع سن صحيحة وقطع يد صحيحة أو استأجر حائضا على كنس مسجد فهو فاسد لان تسليمه شرعا متعذر ولو كانت اليد متأكلة أو السن وجعة صحت * فان سكنت قبل القلع انفسخت الاجارة ﴾ *

المعجوز عنه شرعا كالمعجوز عنه حسا كما قدمنا فى البيع فلا يجوز الاستئجار لقلع سن صحيحة وقطع يد صحيحة ولا استئجار الحائض لكنس المسجد وخدمته لانها منافع متعذرة التسليم شرعا (وقال) فى الوسيط فى اجارة الحائض لكنس المسجد احتمال فيجوز أن تصح وان كانت تعصى به كما تصح الصلاة فى الارض المغصوبة وان كان يشغل ملك الغير والمنقول الاول وكذا لايجوز الاستئجار

المنسوب

المنسوب وذلك هو القسم الثانى لذى قدمته وقلت ان كلام المصنف والاصحاب لم يشمله أوأن الأولى فيه عبارة الامام (أما) اذا فرضنا الكلام فى القسم الاول وهو أن قيمة السليم سواء ونقصت القيمة بحدوث عيب قبل القبض أورادت بحدوث صفة فان النسبة تختلف قطعا وهذا هو المراد بما قرره الفارقى فى كلامه فغير ذلك التقرير جوابه عن الاصحاب وان كان فى صورة الاعتراض وذلك هو جواب عن المصنف إلا فى قوله فلايجوز أن يقوم على البائع فانه مشكل وسنزيد الكلام عليه (الوجه الثانى) من الكلام على الشاشى أن الاصحاب وان سكتوا عن قيمة السليم المنسوب اليها فلابد من اعتبارها فان قيمة المعيب زادت أونقصت منسوبة اليها فالضرورة تحتاج أن يكون ذلك الشىء المنسوب اليه معلوما فان اتحد فذلك وان اختلف فهذا مما قدمت أن الاصحاب سكتوا عنه الا الشيخ أبا حامد وبحث فيه هناك فاذا ثبت اعتبارها وانها قد تختلف فاختلافها مع تعارض السلامة من غير زيادة انما يكون بحيث الاسعار والرغبات وعند ذلك قد ينقص العيب من قليل القيمة نسبة لاينقصها من كثيرها وذلك اذا غلا السعر وضاق ذلك الصنف فان الرغبة تشتد فيه ويغتفرون مابه عن عيب ولا يصير الناس يبالون بعيبه كما يبالون به فى حال الرفاهية وبعكس ذلك إذا رخصت الاسعار واتسع الصنف ونحست قيمته بحيث يصل إلى السليم منه كل أحد صدت أكثر الناس عن المعيب لقدرتهم على ماهو خير منه وانحطت قيمته عن قيمة السليم بنسبة أكثر مما كانت قبل ذلك هذا هو العرف بين الناس وان كان ذلك غير منقول ثم ان المسائل التى تفرض فى الفقه والفروض المقدرة لايلزم أن تكون واقعة غالبا بل ولا نادراً بل المقصود أنها ان وجدت كان هذا حكمها فان قال قائل هذا إنما جاء فى اختلاف السوق وفرض المسألة فيما إذا كان الاختلاف من جهة حدوث وصف فى المبيع (فالجواب) أن الاختلاف فى قيمة المعيب سببه حدوث الوصف بزيادة أو نقصان (وأما) الاختلاف فى قيمة السليم المنسوب اليها فليس له سبب إلا اختلاف السوق ولا بد من اعتبارها (وأما) قول المصنف ولا يجوز أن يقوم على البائع ففى غاية الاشكال وايراد الفارقى عليه قوي وهو كذلك فى تعليقة القاضي أبي الطيب وليس بمناسب فيما يظهر لأنا إذا أدخلنا الذى نقص فى التقويم قبل الأرش وتضرر المشترى وانتفع البائع فلو قال المشترى لناسبه من هذا الوجه وكان يفسد من وجه آخر لعدم مناسبته لبقية تعليله بأنه مضمون على البائع لكن الجواب عن هذا أن

لتعليم التوراة والانجيل وختان الصغير الذي لايحتمل ألمه ولتعلم السحر والفحش ولو استأجر لقطع يد متأكلة وقلع سن وجعة فالكلام أولا فى جوازهما أما القلع فانه يجوز إذا صعب الألم وقال أهل البصر انه يريح الألم (وأما) القطع فلا بد وان يذكر أهل الصنعة أنه نافع ومع ذلك ففى جوازه

هذا الاشكال انما هو بناء على أن الكلام فى العيوب المنسوبة وقد تبين فيما تقدم عن كلام الشيخ أبي حامد أن المراد قيمة السليم المنسوب اليها وعلى ذلك يصح أن يقال فلا يجوز أن يقوم على البائع لأنا إذا نسبنا اليها وأدخلناها فى التقويم كثر الأرش عليه وان تعلقوا بكلام الامام تعلقنا بكلام الشيخ أبي حامد وهو أصح لما تقدم (فان قلت) ذلك لايلائم قوله كان مانقص فى يده مضمونا عليه وكان نقصانها من ضمانه (قلت) سيأتى تأويله عن صاحب البيان وقول الفارقى اما نوجب على البائع قدر مانقص بفواتها مضموما إلى الأرش انما يصح تخيله على بطلانه لو زال بعدحدوثه قبل القبض وقد رأيت صاحب اوافى نقل هذا الجواب الذى قلته عن شيخه ثم اعترض بأن المسألة تفرض فيما اذا زادت بين العقد والقبض ثم ذهبت الزيادة (قال) فالجواب صحيح أن تلك المسألة لم تدخل فى ضمان البائع وما ذكره من فرض المسألة قد يمنع منه الحكم اذا فرضها كذلك وقد اعتذر صاحب البيان عن المصنف فى التعليل فقال هذا مشكل لكن أراد أن النقصان مضمون على البائع وقد سقط ضمانه برضى المشترى بقبض المبيع ناقصا ولو فرضناه وقت العقد أدى الى ايجاب ضمان النقصان على البائع وقد سقط عنه إلا أن الشيخ عنى البائع فى أول كلامه ثم ذكره ظاهرا (قلت) معناه أن المشترى قبضه ناقص القيمة باعتبار السلامة فذلك القدر الزائد منها قد رضى باسقاطه فلا ينسب العيب إلا إلى الثانى وهو الأقل وفى ذلك نفع للبائع وهذا اعتذار عجيب فان فيه محافظة على تصحيح قول المصنف فلا يجوز أن يقوم على البائع لكن ذلك قد يقتضى عكس الحكم فان قيمة السليم إذا كانت مائة يوم العقد ويوم القبض وكانت قيمة المعيب يوم العقد تسعين ويوم القبض ثمانين فعلى ماقاله صاحب البيان ينبغى بأن يقوم بأكثر قيمتى المعيب تسعون لأن العيب الزائد المنقص للعشرة الثانية لم يحسب على البائع فيكون الأرش العشر (والظاهر) من كلامهم أن الأرش فى هذه الصور الخمس لان الثمانين أقل القيمتين ثم ان ذلك يقتضى الفرق بين أن يعلم بذلك أو يجهل فانه قد يحصل عيب قبل القبض منقص للقيمة ويقبضه المشترى من غير علم بذلك العيب ثم يحدث مايمنع من الرد فله الارش عن العيبين جميعا الذى كان قبل العقد والذى حدث قبل القبض (وقال) صاحب الوافى معنى قوله كان مضمونا عليه أى يذهب من ضمان البائع وهو ناقص عليه فى حكم مالم يبعه من أمواله اذا لم يبعه ليس مضمونا عليه للمشترى واذا كان كذلك لم يجز أن يقوم عليه للمشترى ورأيت فى تعليقة ابى اسحق العراقى على المهذب ولايجوز ان يقوم على المشترى وهذا اما ان يكون غلطا فى النسخة واما ان يكون

خلاف عن حكاية الشيخ أبي محمد المنع أن القطع انما يمنع إذا وضعت الحديدة على محل صحيح وأنه ملك كما أن الأكلة مهلكة وهذا الخلاف وما فى جواز القطع من التفصيل مذكور فى الكتاب فى باب ضمان الولاة فحيث لايجوز القطع والقلع فالاستئجار لهما باطل وحيث يجوز ففى صحة الاجارة

أحـد ظن أن البائع غلط فأصلحه على ظنه وكل النسخ فيها البائع والفارقي اعرف بما في المهذب وقد ظهر الجواب عن ذلك بحمد الله تعالى واندفاع الاشكال عنه وكذلك رأيت في الاستقصاء كان ما نقص من القيمة غير مضمون عليه أي لأنه ليس بجزء واظن ذلك كله اصلاحا لما اشكل عليهم وتعليل الماوردي قريب من تعليل المصنف وكذلك أكثر من تكلم في المسألة من الاصحاب ولم يختص المصنف من الاشكال إلا بقوله فلا يجوز ان يقوم على البائع وكذلك شيخه القاضي ابو الطيب الاشكال في هـذه اللفظة وارد عليها *

﴿ فرع ﴾ وهذا الذي قلته وحملت كلام المصنف عليه من أن المراد إن اختلفت القيمة المنسوب اليها هو الصحيح المتعين أما اذا اتحدت واختلفت قيمة العيب كما في القسم الاول ان كانت قيمته معيبا تسعة عند العقد ثم نقص فنقصانه مع بقاء قيمة السليم انما تكون لعيب آخر فذلك العيب الآخر ان اطلع عليه المشتري ورضي به صار وجوده كعدمه وينسب الذي كان حالة العقد فقط وان لم يرضى به كان الكل الى القبض مضمونا على البائع ينسب من القيمة وان زادت قيمة المعيب مع بقاء قيمة السليم فذلك ان كان نقصان العيب فقد برىء البائع بما نقص لأنه لو زال كله قبل القبض لم يثبت به الرد ولا الارش فكذلك نقصا فلا يصح اعتبار أقل القيمتين هنا وان لحصول وصف زائد في المبيع جبر النقصان الحاصل بالعيب فيقتضي ذلك زيادة قيمته سليما وقد فرضنا أن قيمته سليما باقية بحالها *

﴿ فرع ﴾ عبارة الرافعي والجمهور أقل القيمتين من يوم العقد ويوم القبض وكذلك في المحرر وقد تقدم الكلام عليها وعلى عبارة الامام (وقال) النووي في المنهاج أقل قيمه من يوم العقد الى يوم القبض وذلك يقتضي أنه اذا نقصت القيمة فيما بين العقد والقبض أن تعتبر تلك القيمة الناقصة المتوسطة وان كانت القيمة يوم العقد ويوم القبض سواء لأن المتوسطة حينئذ أقل وكذلك اذا كانت في أحـد اليومين أقل من الآخر وفيما بين ذلك أقل منها أن يقوم بالمتوسطة التي هي أقل وعبارة الجمهور لاتقتضي ذلك وتقتضي أن يقوم باحدى القيمتين في يوم العقد أو يوم القبض ان كانا متساويتين فباحداهما وان اختلفتا فبالاقل منهما وهذه عكس الصورة التي فرض الكلام فيهما فيما تقدم عن صاحب الوافي على أنه في الروضة تابع للرافعي في عبارته ونبه في دقائق المنهاج على ذلك وانه غيرها لهذا المعنى والذي يظهر عبارة الجمهور لان العيب المنقص اذا وجد وزال قبل القبض لا يثبت به خيار فلا اعتبار به وفيه نظر فليتأمل وقال في التهذيب أقل القيمتين من يوم العقد الى يوم القبض فان كانت النسخة صحيحة ففيه موافقة للمنهاج من بعض الوجوه لكن قوله أقل القيمتين يوافق الجمهور *

وجهان (أحدهما) المنع لأن الاجارة إنما تجوز في عمل موثوق به وجواز زوال العلة محتمل فيمتنع الوفاء بقضية الاجارة وسبيل مثل هذا الغرض أن يحصل بالجعالة بان يقول اقلع سني هذه ولك كذا (وأصحهما) الصحة إذ لا يشترط لصحة الاجارة القطع بسلامتها عما يقطعها ورأي الامام

﴿ فرع ﴾ هذا الذى تقدم فى معرفة الأرش عن العيب القديم وكلام المصنف مفروض فى ذلك فانه قال فى أول الفصل إذا أراد يعنى المشترى الرجوع بالأرش أما الأرش المأخوذ من المشترى عن العيب الحادث قال ابن الرفعة فالمنقول أنه يقوم وبه العيب القديم ثم يقوم وبه العيب الحادث والقديم ويجب مابينهما فاذا كانت قيمته بالقديم عشرة وبه مع الحادث تسعة غرم درهما ولا تجعل القيمة فى هذا الحال معياراً (قلت) وسيأتى هذا فى كلام المصنف فيما لايوقف على عيبه الابكسره *

﴿ فرع ﴾ قال ابن أبى عصرون المتأخر فى مجموع له يتعرض فى بعضه لالفاظ المهذب قال (قوله) وإن اختلفت قيمة المبيع قل فيقال مثلا قيمته يوم العقد بلا عيب ثلاثون وبالعيب عشرون فينقص عشرة ويقال قيمته يوم القبض بلا عيب خمسة وعشرون وبالعيب عشرون فيرجع بأقل القيمتين وهو خمسة وكذلك لو قلت قيمته يوم العقد وزادت يوم القبض كما إذا قلنا سائل يعنى أن ذلك فى السائل وأيضا فقوله يرجع بخمسة يجب تأويله على أن المراد نسبتها من الثمن *

* قال المصنف رحمه الله تعالى *

﴿ فان كان المبيع إناء من فضة وزنه ألف وقيمته ألفان فكسره ثم علم به عيباً لم يجزله الرجوع بأرش العيب لأن ذلك رجوع بجزء من الثمن فيصير الألف بدون الألف وذلك لايجوز فيفسخ البيع ويسترجع الثمن ثم يغرم أرش الكسر وحكى أبو القاسم الداركى وجها آخر أنه يرجع بالأرش لأن ماظهر من الفضل فى الرجوع بالأرش لا اعتبار به والدليل عليه أنه يجوز الرجوع بالارش فى غير هذا ولا يقال أن هذا لايجوز لانه يصير الثمن مجهولا ﴾ *

﴿ الشرح ﴾ هذا الفرع منسوب لابن سريج وفيه أوجه (أصحها) وهو قول الشيخ أبى حامد والقاضى أبى الطيب والمحاملى وهو الذى صدر به المصنف كلامه أنه يفسخ البيع ويرد الاناء ويغرم أرش النقص الحادث ولا يلزم الربا لان المقابلة بين الاناء والثمن وهما متماثلان والعيب الحادث مضمون عليه كعيب المأخوذ على جهة السوم فعليه غرامته وغرامة الارش عن الحادث هنا ليس كغرامته فى سائر الصور كما سننبه عليه واستدلوا على تعذر أخذ الارش بان الثمن ينتقص كما ذكره المصنف وعلى تعذر رده مع أرش العيب الحادث بأن المردود يزيد على الثمن وكلا الامرين ربا ولا يستشكل هذا التقرير مع الحكم بأن المشترى يغرم الارش حتى يقف على آخر الكلام فى التنبيه السادس (والوجه الثانى) ولم يذكره المصنف وهو قول ابن سريج أنه يفسخ العقد لتعذر امضائه مع أخذ الارش كما تقدم وبدونه لما فيه من ضرر المشترى ولا يرد الحلى على البائع لعذر رده مع الارش ودونه فجعل

تخصيص الوجهين بالقلع لا أن احتمال فتور الوجع فى الزمان الذى يفرض فيه القطع غير بعيد وأما الاتكال بارباب القطع فانه غير محتمل واجرى الخلاف فى الاستئجار للفصد والحجامة وبزغ الدابة لان هذه الايلامات إنما تباح بالحاجة وقد تزول الحاجة وإذا استأجر امرأة لكنس مسجد

كالالف فيغرم المشترى قيمته من غير جنسه معيباً بالعيب القديم سليما عن الحادث واختار الغزالى هذا الوجه وايراد صاحب البحر يقتضى ترجيحه وضعفه الامام وغيره وقال الامام انه أبعد الوجوه ونقل المحاملى عن ابن سريج تشبيهه بالمأخوذ على جهة السوم ثم رد عليه بأن المستام بمنزلة المغصوب إذا نقص يلزم أرش نقصانه لاقيمة جميعه (والثالث) الذى حكاه المصنف ثانياً وهو قول صاحب التقريب والدارکى واختاره القاضى حسين والامام وغيره أنه يرجع بأرش العيب القديم كسائر الصور والمماثلة فى الربوى إنما تشترط فى ابتداء العقد والارش حق وجب بعد ذلك لايقدح فى العقد السابق قال الرافعى رحمه الله (واعلم) أن الوجه الاول والثانى متفقان على أنه لايرجع بأرش العيب القديم وأنه يفسخ العقد وانما اختلافهما فى أنه يرد مع أرش النقص أو يمسك ويرد قيمته وأما صاحب الوجه الثالث فقياسه تجويز الرد مع الارش أيضا كما فى سائر الاموال (قلت) وسيأتى بيان من هو الفاسخ عند ابن سريج وبه يتبين أنهما لم يتفقا إلا على أصل الفسخ ويأتى أيضا أن ماقاله الرافعى لم يصر اليه أحد وعلى هذا الوجه إذا أخذ الارش فقد قيل يجب أن يكون من غير جنس العرض كيلا يلزم ربا الفضل (والاصح) وهو الذى رجحه القاضى حسين والبغوى والرافعى انه يجوز أن يكون من جنسها لان الجنس لو امتنع اخذه لامتنع أخذ غير الجنس لانه يكون بيع مال الربا بجنسه مع شىء آخر وذلك من صور مد عجوة وأيضا لان الارش جزء من الثمن وقد غلط أبو اسحق العراقى فجعل قول صاحب التقريب وجهاً رابعاً وحكاه مع وجه الدارکى بعبارتين متقاربتين ولم يتنبه لاتحادهما ثم تنبه لأمور (احدها) ان المصنف فرض المسألة فى الاناء وكذلك القاضى أبو الطيب فرضها فى إبريق وزنه مائة درهم وكذلك الشيخ أبو حامد فى التعليقة التى كتبها سليم عنه نقلها عن ابن سريج فيما اذا اشترى ابريقا فضة وزنه مائة درهم وقيمته مائة وعشرون بابريق من فضة وزنه مائة وقيمته مائة وعشرون وفرضها الشيخ أبوحامد فى التعليقة التى أخذها البندنيجى فى مصوغ وكذلك الامام والغزالى فيما اذا اشترى حليا وزنه الف بالف وفرضها فى الحلى حسن لااعتراض عليه واما فرض المصنف ومن وافقه فى الاناء فان قلنا بجواز اتخاذ أوانى الفضة فصحيح ايضا واما اذا قلنا بتحريم اتخاذها وهو الاصح فان الصنعة فيها غير محترمة فلا يكون الكسر عيبا فيها فلايمتنع الرد والارش كما لولم يحدث شىء فلعل ابن سريج فرع هذا على جواز الاتخاذ وايضا فذكر الكسر على سبيل المثال والمقصود حدوث عيب فى يد المشترى (الثانى) ان المصنف لم يذكر تمام صورة المسألة وهو ان يكون الثمن من جنس الاناء كما فعل ابن سريج والامام بل سكت عن الثمن بالكلية وكذلك القاضى أبو الطيب وكانهما اكتفيا بشهرة المسألة والعلم بصورتها والمراد اذا

لحاضت انفسخ العقد إن وردت الاجارة على عينها وعينت المدة وإن وردت على الذمة لم تنفسخ لامكان أن تنوض إلى الغير وأن تكنس بعد أن تطهر وإذا جوزنا الاستئجار لقلع السن الوجعة فاستأجر له ثم سكن الوجع انفسخت الاجارة لتعذر القلع وهذا قد ذكره مرة أخرى فى الباب

اشتراه بوزنه من جنسه كذلك فرضها ابن الصباغ والامام وغيرهما والا لو كان الثمن من غير النقود أو من النقود غير الجنس لم تأت المسألة لانه لايبقى محذور فى المفاضلة فالمشترى يرجع بأرش العيب القديم وممن صرح به ابن الصباغ والقاضى حسين وحكى ابو اسحاق العراقى فيه وجهين واظنهما فى الذخائر وكأنهما مأخوذ ان مما سنذكره عن الحاوى فى التنبيه الثالث عشر وعلى كل حال فالاصح الجواز قال القاضى حسين فان كان نقد البلد ذهبا والحلى المبيع من الفضة قوم الحلى بنقد البلد ثم يسترد الارش من الثمن ان كان عرضا فمن العرض أو ذهبا فمن الذهب فان كان نقد البلد فضة والحلى من الفضة قال القاضى حسين يحتمل وجهين (أحدهما) يقوم نقد البلد فان كان الحلى من نقرة خشنة والدراهم المطبوعة تزيد عليه قوم بنقد آخر وهو الذهب كيلا يؤدى إلى الربا هكذا رأيته فى النسخة وكأنه سقط منها شيء (الثالث) فى التنبيه على أمور واضحة ذكر القصة على سبيل المثال الربوى والذهب كذلك ولكن أناء الذهب حرام عند المصنف ولا يجرى فيه الخلاف فلذلك لم يقع التمثيل به وجعله قيمة العين مثال لزيادتها على وزنه حتى يكون الكسر منقصا لها فيكون عيبا أما لو كانت القيمة مساوية للوزن ان أمكن فرض ذلك لم يكن الكسر منقصا لان القيمة لاتعتبر حينئذ والكسر مثال لحدوث عيب فلو انكسر بنفسه كان الحكم كذلك (١) (الرابع) ان تعليل المصنف امتناع الرجوع بالارش الذى اتفق عليه ابن سريج وابو حامد والاكثرون بان ذلك رجوع بجزء من الثمن موافق كما تقدم من المصنف واكثر الاصحاب ان الارش جزء من الثمن وقد تقدم عن الغزالى تردد فى أنه غرامة جديدة ولذلك قال الغزالى هنا كما حكى قول ابن سريج وقول صاحب التقريب قال فتحصلنا على احتمالين فى حقيقة كل واحد من الارشين انه غرم مبتدأ أو فى مقابلة المعقود عليه ويعنى بالارشين ارش القديم وارش الحادث يعنى ان علة قول ابن سريج يكون الارش عن القديم جزأ من الثمن لما تقدم والارش عن الحادث كذلك لان ابن سريج يجعله فى مقابلة مافات من المبيع وان الفسخ فى غير الربوى يرد عليه اذا ضم مع المبيع كما يرد على المبيع وقول صاحب التقريب يقتضى انه غرم مبتدأ فظهر لك بما قاله الغزالى ان مأخذ الوجهين الاولين ان الارش جزء من الثمن ومأخذ الثالث انه غرم مبتدأ لكن الامام قد اختار قول صاحب التقريب هنا وقد تقدم عنه قول بان الارش جزء من الثمن فطريق الجمع بان القائل بان غرم مبتدأ لم يقل به من كل وجه بل من بعض الوجوه كما تقدم من كلام الامام فى أنه انتقاص جديد وقد نبهت على ذلك فيما تقدم وكذلك علل الامام فى هذه المسألة قول صاحب التقريب بالضرورة ولو كان الارش غرما مبتدأ لم يحتج الى ذلك وقال الامام ايضا ان كل مسلك من المسالك يعنى الاوجه الثلاثة لايخلو عن حيد عن قانون فى القياس جار فى حال الاختيار ولم يصر احد الى الخير

(١) بياض بالاصل

الثالث وسنذكر هناك مايقتضى أعلام قوله انفسخت الاجارة - بالواو - وإن لم يبرأ لكن امتنع للمستأجر من قلعه قال فى الشامل لايجب عليه الا أنه إذا سلم الأجير نفسه ومضى مدة امكان العمل

بين جميع هذه المسالك من حيث اشتمل كل واحد على ميل عن اصل والضرورة تحوج الى واحد منها فهذا الكلام من الامام يدل على ان الارش ليس غرما مبتدأ من كل وجه اذ لو كان كذلك لكان غير خارج عن القانون وفى كلامه وفيما تقدم عنه وفى النظر مايدل على ذلك ايضا ولذلك قال فى توجيه كلام صاحب التقريب ان غرامة الارش فى هذا المضيق تقدر كارش مبتدأ مرتب على جناية على ملكه (الخامس) ان الفاسخ للبيع هو الحاكم صرح به الشيخ أبو حامد وصاحب العدة وغيرهما ويحتمل ان يقال على قول ابن سريج ان للمشترى ان يفسخ ايضا كما يقول فى التخالف ان لكل منهما ايضا ان يفسخ على الاصح (ان قلنا) بذلك كما ستعرفه فى بابه فانه عندنا فيه وقفة (واما) على قول الاكثرين فيبعد إلحاقه بالتخالف وانما هو رد بالعيب لامدخل للحاكم فيه غير انه امتنع دخول الأرش فيه وجعل غرامة مبتدأة وبهذا تبين لك أن الوجهين لم يتفقا على كيفية الفسخ كما وعدت به من قبل (السادس) قول المصنف لم يغرمه أرش الكسر يريد به أن تغريم أرش الكسر متأخر عن الفسخ والفسخ يرد على الأناء خاصة وليس كسائر الأموال حيث يرد الأرش عن الحادث مع المبيع إذ ورد الرد عليها فى هذه الصورة أدى إلى الربا وليس المراد باسترجاع الثمن قبضه بل رجوعه إلى ملك المشترى وليس فى الأوجه من يقول بجواز رد الارش مع المبيع إلا ماقال الرافعى أنه قياس الوجه الثالث فلذلك أتى المصنف بصفة ثم المقتضية للترتيب وعبارة الرافعى أنه يرده مع أرش النقصان ويجب تأويلها على المعية فى الوجوب لافى انسحاب حكم الرد عليها على أن الامام ذكر هنا كلاما بليغا فى تحقيق رد الارش مع العيب بالعيب الحادث وأن ليس على تقرير ورود الفسخ عليهما أعنى فى جميع الصور وقد قدمت ذلك عنه عند الكلام فى أخذ الارش عن العيب الحادث فى الفصل الذى قبل هذا (السابع) أن كلام المصنف يقتضى أن الوجه الاخير حكاه الدارکی وليس من قوله وكذلك حكاه الشاشى وكلام الرافعي يقتضى أنه عنه (الثامن) من قول المصنف فى تعليل قول الداركى لان ماظهر من الفضل فى الرجوع بالارش لااعتبار به يفهم أن ذلك ليس مأخوذا من أن الارش غرم مبتدأ بل هو جزء من الثمن بطريق الظهور ولكن لايعتبر لما نذكره من الدليل فقوله ظهر ينفى كونه غرما مبتدأ ثم بعد ذلك اما أن يكون ذلك بطريق الشين أو بطريق انشاء نقص جديد فيه مانقدم من البحث الاقرب عبارة المصنف الاول والموافق لكلام الامام الثانى (التاسع) الدليل الذى ذكره على عدم اعتبار ذلك أنه يجوز الرجوع بالارش فى غير هذا الموضع بالاتفاق ولم يقل أحد بأنه لايجوز لانه يصير الثمن مجهولا

وجب علي المستأجر الاجرة ثم ذكر القاضي أبو الطيب أنها لاتستقر حتى لو انقلعت تلك السن انفسخت الاجارة ووجب رد الاجرة كما لو مكنت الزوجة فى النكاح ولم يطأها الزوج ويفارق ما إذا حبس الدابة مدة امكان السير حيث تستقر عليه الاجرة لتلف المنافع تحت يده *

أي لانا ظهر لنا أن الثمن الذى قابل المبيع مابقى بعد الارش وذلك لم يكن معلوما حالة العقد وجهالة الثمن موجبة لبطلان البيع فلو كان ماظهر معتبرا لم يجز الرجوع بالارش فى غير هذا الموضع لافضائه الى جهالة الثمن وبطلان العقد من أصله لكن الرجوع بالارش فى غير هذا الموضع جائز اتفاقا فلا يكون لما ظهر حكم وهذا بينه وبين ماذكره الامام فى توجيه هذا القول لما حكاه عن صاحب التقريب بعض المخالفة فانه قال انه فى هذا المضيق كارش مبتدأ مرتب على جناية فاذا هذا القول واحد ومأخذه مخلف المصنف يشير الى أن المقابلة تغيرت لكن ليس لظهور تغيرها حكم ويطرد ذلك فى هذه المسألة وفى غيرها والامام يقول فى هذه المسألة الضرورة تجعله كغرم مبتدأ ولا يخفى أن فى كل من الكلامين حيدا عن المأذون كما قاله الامام فان المصنف محتاج الى الاعتذار عن تخلف الحكم عما ظهر وليت شعرى هل الرجوع بالارش مجمع عليه أوفيه نص أولا فانه ان كان فيه نص أواجماع كان عذرا فى ان يجعل ان ماظهر لاحكم له او يجعله كغرم مبتدا اتباعا وان لم يكن فيه اجماع ولانص فما المخلص عن هذه الاشكالات وماالموجب لارتكابها (العاشر) لاجواب وماالستدل به الداركى انه انما يلزم جهالة الثمن اذا كان ذلك بطريق العين امااذا قلنا ان المقابلة تغيرت بانتقاص جديد فلا وهذا الذى يقول به بدليل حل الجارية وغير ذلك مما تقدم واذا كان بطريق النقص صار له حكم فى المقابلة صارت الألف مقابلة بدون الألف الآن لافيما مضى فامتنع الرجوع بالأرش كذلك قال الفارقى فى الجهالة يفرق فيها بين الجهالة الحاصلة بفعل العاقل ابتداء والحاصل بغير فعله ولهذا لو أسلم إلى أجل مجهول بطل ولو مات المسلم اليه فى أثناء الأجل حل وصار الأجل بموته مجهولا وهو صحيح (الحادى عشر) أنه على الأصح الذى قاله المصنف أنه يرد ثم يغرم أرش النقص الذى حدث عنده وشبهوه بالمستام وفيه نظر لأن الرد يرفع العقد من حينه على الصحيح فالعيب حدث على ملك المشترى فكيف يغرمه إذا لم يقدر وروده الرد عليه وليس كالمستام فان المستام ليس مملوكا له وأشار الامام إلى أن ذلك على سبيل التقدير ونظره بقول منصوص للشافعى إذا فسخ النكاح بعد الدخول أن الزوج يسترد المسمى ويرد اليها البضع ثم يغرم الزوج لها مهر المثل (الثانى عشر) مأخذ فسخ البيع على ماقال الشيخ أبو حامد من قول الشافعى فى الرجل يشترى ثمرة قبل بدو الصلاح بشرط القطع ثم لم يقطع حتى بدى الصلاح ثم أراد القطع فسخنا البيع ههنا لما يؤدى ذلك اليه من الاضرار بصاحبه أو بالمساكين هكذا رأيته فى تعليقته ولم أفهمه وانما يفسخ البيع فيما اذا حدثت ثمرة أخرى واختلطت ولم تتميز على أحد

قال ﴿ ولو استأجر منكوحة الغير دون اذن الزوج ففاسد (و) * ولو استأجرها الزوج لنفسه فهو صحيح * وان استأجرها (و) لارضاع ولده منها صح ﴾ *

استئجار منكوحة الغير اما أن يفرض من غير الزوج أو منه اما غيره فله أن يستأجرها للرضاع وغيره بإذن الزوج و بغير اذنه وجهان (أحدهما) يجوز أيضا لأن محله غير محل النكاح إذ لاحق له فى

القولين ثم فى مسألة اختلاط الثمار على أحد القولين وهو الصحيح عند طائفة أن البيع ينفسخ بنفسه من غير فاسخ وليس ههنا كذلك (الثالث عشر) صورة المسألة إذا كان الأناء باقيا فلو عرف العيب القديم بعد تلفه عنده فالصحيح الذى ذكره العراقيون وصاحب التتمة أنه ينفسخ العقد ويسترد الثمن ويغرم قيمة التالف ان كان متقوما ومثله إن كان مثليا ولا يمكن أخذ الأرش وقال القاضى حسين انه يأخذ الأرش وصححه فى التهذيب وقد تقدمت المسألة فى باب الربا وذكره القاضى حسين وصاحب التهذيب هنا موافق لقول الداركى فى حالة البقاء ويلزمهما موافقته هناك وما قاله العراقيون هنا موافق لقول ابن سريج فى حالة البقاء وألجأهم إلى ذلك امتناع الرد بالتلف واحتاجوا إلى الفسخ هنا لامتناع أخذ الارش عن القديم بخلاف تلف بيع المعيب فى غير هذه الصورة حيث يكون اخذ الارش ممكنا قالوا وتلف المبيع لايمنع جواز الفسخ وقد جوز الشافعى الاقالة بعد التلف وكذلك فى التخالف وصاحب التتمة جعل حالة التلف اصلا وان ابن سريج يقول فى حالة البقاء كحالة التلف وذكر القاضى حسين فى هذا الباب ثلاثة اوجه (قال) وفى المسألة اشكال وقد تقدم فى باب الربا اختياره وحكاية الاوجه الثلاثة وفى الحاوى فى باب الربا عند التلف انه ان كان بجنسه لم يرجع بالارش وان كان بغير جنسه من النقدين (فوجهان) اقيسها الرجوع فيرجع بارش الفضة ذهبا (والثانى) وهو قول الشيوخ من البصريين والجمهور من غيرهم لايجوز لأن الصرف اضيق ولان الارش يعتبر بالأثمان فلا يكون داخلافيها وقد تقدم ذلك وتفريعه عنه فى باب الربا وقياس ذلك ان يجرى هنا فى حالة البقاء لكن الماوردى فرض ذلك فى الصرف ولم يفرضه حيث تكون القيمة زائدة عن الوزن (الرابع عشر) متى كان كسر الاناء من المشترى فلا فرق بين بعد القبض اوقبله ومتى كان من غيره ووجد بعد التقابض والتفرق فلا اشكال وفيه فرض الامام المسألة ومتى كان قبلهما فهو من ضمان البائع فلا تأتى المسألة ومتى كان بعد التقابض وقبل التفرق فيلتفت على ماتقدم ان المشترى اذا قبض المبيع فى زمن الخيار هل يصير من ضمانه ام لا وفيه طرق تقدمت فان قلنا لايصير من ضمانه وأنه ينفسخ بتلفه فى يده وهو ظاهر نص الشافعى فالعيب الحادث حينئذ مضمون على البائع لايوجب الارش فهو كما قبل التقابض فلا تأتى المسألة (وان قلنا) من ضمانه كما اقتضاه كلام المصنف فالحكم كما بعد التفرق والتقابض ولا جرم أطلق المصنف التصوير ولم أجد فى شىء من ذلك نقلا ولكنه قضية التفريع والطرق التى فى قبض المبيع فى زمن الخيار تقدمت فى هذا الباب عند حدوث (١) المبيع بعد القبض (الخامس عشر) إذا غرمناه قيمته على قول ابن سريج أو على قول الاكثرين

(١) بياض بالاصل

لبنها وخدمتها وأصحهما المنع وهو المذكور فى الكتاب لان أوقاتها مستغرقة بحق الزوج فلا تقدر على توفية ما التزمته فان لم نصححه فذاك وان صححناه فللزوج فسخه كيلا يحيل حقه ولو أجرت نفسها ولا زوج لها ثم نكحت فى المدة فالاجارة بحالها وليس للزوج منعها بما التزمته كما لو

عند تلفه فقد تقدم فى حكاية قول ابن سريج أنها تكون من غير جنسه هكذا حكاه الرافعى يعنى إذا كان فضة يعطى قيمته ذهبا وإن كان ذهبا يعطى قيمته فضة وكذلك حكاه القاضى أبو الطيب عن ابن سريج وقاله القاضى أبو الطيب من عند نفسه فى حالة التلف أيضا والأكثرون لم يعتبروا ذلك بل أطلقوا القيمة وهو أحسن هذه غرامة وليست عقداً يجىء تحذر فيه من الربا وقد حكى العراقيون فيما إذا أتلف آنية فضة قيمتها أزيد من وزنها ثلاثة أوجه (أصحها) يضمن بالنقد الغالب (والثانى) يقوم بغير جنسه (والثالث) بمثل وزنه من جنسه والزيادة من غير جنسه قال أبو سعيد المروى وكان القاضى الحسين يعيب هذا ويقول الاتلاف ليس مقيسا على البيع فى أمر الربا (قلت) فقياس الأوجه الثلاثة أن يأتى مثلها هنا (السادس عشر) غرامة أرش النقصان الحادث على قول الأكثرين عند بقائه هل يكون من نقد البلد وان كان من الجنس قولا واحدا أو يجرى فيها الخلاف الذى فى الغصب (الظاهر) الثانى لأنهم شبهوه بالمستام (السابع عشر) قد تقدم من قول الامام أنه لم يصر أحد إلى التخيير بين جميع هذه المسالك بعد أن ذكر الأوجه الثلاثة واختار الثالث منها وكذلك قال الغزالى فى البسيط انه لم يصر صائر إلى التخيير بين أرش العيب القديم وضم أرش العيب الحادث كما فى سائر العيوب وإن كان محتملا بحكم التوجيه الذى ذكرناه للوجهين ولكن اعتقد كل فريق أن ماذكره أبعد من اقتحام الربا فلم يثبت الخيرة وهذا الذى قاله الامام والغزالى يرد القياس الذى قال الرافعى انه قياس الوجه الثالث لاسيما وهو مختار الامام وهو أعرف بقياسه ولا شك أن القياس كما قال الرافعى ولكن لعل صاحبه ترك القياس للمعنى المذكور وهو البعد من الربا ولو ثبت ماقاله الرافعى من القياس لكان لنا قائل بالتخيير والامام قد نفاه (الثامن عشر) صورة المسألة أن يكون العيب الذى ظهر بالاناء كالكسر ونحوه فلو كان يخرجه عن الجنس كالغش تبين بطلان العقد للمفاضلة (التاسع عشر) أن الكلام المذكور لااختصاص له بالاناء والحلى بل هو فى كل عقد اشتمل على جنس واحد من مال الربا من الجانبين كما إذا باع صاع حنطة بصاع واطلع أحدهما على عيب فيما أخذه بعد حدوث عيب فى يده أو تلفه وفيه فرض صاحب التتمة وقال ابن الحكم فى سائر أموال الربا كذلك وكذلك قال غيره (العشرون) إن أرش الكسر الذى يغرمه يمكن أن يقال بأنه لا يكون منسوبا من الثمن بل مانقص من القيمة هنا يقتضى تشبيهه بالمستام ويدل له ماسيأتى فى مالم يوقف على عيبه إلا بكسره (وقال) أبو حامد بن يونس فى شرح الوجيز اعتراضا على جعله كالجناية بعد الفسخ انه لو كان كذلك لغرم أرش مانقص والمغروم جزء من الثمن وكلام الغزالى ساعده ولولا ذلك لم يحتج إلى الفرار من الربا وسيأتى فيما لم يوقف على عيبه إلا بكسره تمام هذا البحث والأقرب هنا ماقلناه أولا وهو أنه لايكون منسوبا من الثمن بل من القيمة *

أجرت نفسها باذنه لكن يستمتع بها فى أوقات فراغها فان كانت الاجارة للرضاع فهل لولى الطفل الذى استأجرها لارضاعه منع الزوج من وطئها فيه وجهان (أحدهما) ويحكي عن أبي حنيفة

* قال المصنف رحمه الله تعالى *

{ وان وجد العيب وقد نقص المبيع بمعنى يقف استعلام العيب على جنسه بأن كان جوزا أو بيضا أو غير ذلك مما لايوقف على عيبه إلا بكسره فينظر فيه فان كسره فوجده لاقيمة للباقي كالبيض المذر والرمان العفن فالبيع باطل لأن مالاقيمة له لايصح بيعه فيجب رد الثمن } *

{ الشرح } تقدم الكلام فى النقص الذى لايقف استعلام العيب على جنسه والكلام الآن فيما يقف وانما قال على جنسه ولم يقل عليه ليشمل ما اذا كسر منه قدرا لايوقف على العيب بما دونه وما اذا كسر منه قدرا يمكنه الوقوف على العيب بأقل منه وكلا القسمين سيأتيان فى كلامه إن شاء الله تعالى إذا عرفت ذلك فنقول مالا يوقف على عيبه إلا بكسره مما مأكوله فى جوفه أو غيره كالبطيخ والرانج والرمان واللوز والجوز والبندق والبيض فكسره فوجده فاسدا لاقيمة له كالبيض المذر الذى لايصلح لشىء والبطيخ الشديد التغير والرمان العفن والجوز والرانج والقثاء المدود فقد نص الشافعى رحمه الله والأصحاب أنه يرجع بجميع الثمن قال المزنى سمعت الشافعى كل مااشتريت مما يكون مأكوله فى جوفه فكسرته فأصبته فاسدا فلك رده وما بين قيمته فاسدا صحيحا وقيمته فاسدا مكسورا قال وقال فى موضع آخر فيها قولان (أحدهما) ليس له الرد إلا ان شاء البائع وللمشترى ما بين قيمته صحيحا وفاسدا إلا أن لا يكون له فاسدا قيمة فيرجع بجميع الثمن (١) والقولان هكذا ذكرهما الشافعى فى الام فى الجزء الثامن فى باب ما اشترى مما يكون مأكوله داخله وما ذكره الشافعى رضى الله عنه من الرجوع بجميع الثمن إذا لم يكن لفساده قيمة قطع بها الاصحاب كافة لكن اختلفوا فى طريقه فالجمهور من الاصحاب العراقيون ومعظم الخراسانيين على أنه تبين فساد البيع كما ذكر المصنف لوروده على غير متقوم وعن القفال وطائفة أنه لايتبين الفساد لكنه على سبيل استدراك الظلامة كما يرجع بجزء من الثمن عند نقص جزء من المبيع يرجع بكله عند فوات كل المبيع وتظهر ثمرة الخلاف فى أن القشور الباقية بمن تختص حتى يكون عليه تطهير الموضع عنها وكلام الشافعى محتمل لكل من الوجهين لكن القواعد تقتضى حمله على ماقاله الأصحاب ونقل القاضى حسين عن الشيخ وهو القفال أنه قيل له فى الدرس إذا كان لاقيمة لفاسده غير مكسور وجب الحكم بفساد العقد كسائر مالا يتقوم فقال هو وان كان كذلك فلا ينفك عن أدنى قيمة وان قلت لبقاء بعض المنافع فانها تقتضى لتنقش فيلعب بها الصبيان وخالفه القاضى فى ذلك لأن القصد من شراء البيض الطعم وأحد لايشترى البيض لينقش وتلعب به الصبيان والامام حكى قول القفال عن طائفة وأفسده لكن بغير الطريق الذى أفسده بها القاضى فان مقتضى كلام القاضى ان

(١) بياض بالاصل

ومالك نعم لأنه ربما تحمل فينقطع اللبن والا فيقل والا فيضر بالطفل (والثانى) وبه أجاب أصحابنا العراقيون لا لان الحمل متوهم ولا يمتنع به الوطء المستحق وذكر فى التهذيب انه ان كانت الاصابة تضر باللبن منع الزوج من إصابتها وهذا إن أراد به الضرر الناشىء من الحبل الناشىء من الاصابة

هذه المنفعة لقلتها لاتعتبر وليست مسوغة لايراد العقد عليه كسائر المنافع التافهة والامام فرض الكلام حيث لاقيمة مع الصحة ومفهومه أنه إذا كانت له قيمة وإن قلت نحكم بالصحة لكنه فى آخر كلامه يقول لاوجه إلا القطع بالفساد (وقل) الغزالى انه إذا لم يبق له بعد الكسر قيمة قال الشافعى يسترد الثمن جميعه فقال الأصحاب معناه أنه يسترد أرش النقصان لكن أرش كمال الثمن إذا لم يبق له قيمة (والوجه) أن يقال تبين بطلان العقد فان فرض له قيمة قبل الكسر قيمة للنقش ولعب الصبيان فقد بطلت المالية الآن (فان قلنا) طريق الاطلاع من عهد البائع حتى لايجب به أرش فهنا ينقدم أن يسترد تمام الثمن ويجعل كأنه لم يشتر إلا مابقى بعد الاطلاع وان جعل ذلك من ضمان المشترى فلا يتقدم معه أن يسترد تمام الثمن هذا كلام الغزالى وما نقله عن الاصحاب هو قول القفال ومعظم الأصحاب قاطعون بخلافه أفهم كلامه فرض المسألة فيما إذا لم يكن له قبل الكسر قيمة أصلا كما اقتضاه كلام الامام وان منفعة النقش ولعب الصبيان معتبرة وذلك خلاف ماقاله القاضى حسين ومقتضى كلام الغزالى فى هذه المسألة الحالة إذا كانت له قيمة ومنفعة للنقش ولعب الصبيان الجزم بصحة البيع ثم الاختلاف فى استرداد تمام الثمن أى بطريق الفسخ كما فى قتل العبد المرتد فى يد المشترى وأولى فيتحصل من كلامه وكلام الأصحاب أربعة أوجه (الأصح) أن البيع باطل (والثانى) أنه يصح وينفسخ بعد ذلك ويسترد جميع الثمن وهذا غير قول القفال لان القفال يقول إن ذلك بطريق استدراك الظلامة مع بقاء العقد كالارش حتى تبقى القشور للمشترى ومقتضى هذا القول القائل بأن الانفساخ إذ ترجع القشور للبائع ويلزمه تنظيف المكان عنها (والثالث) انه يصح ولا ينفسخ لكن يكون له أرش العيب وهو ههنا الثمن بكماله وهو قول القفال (والرابع) أن البيع صحيح ولا ينفسخ ولا يسترد الثمن بكماله بل يسترد الارش وهو ما بين قيمته سالم الجوف وفاسده قبل الكسر وهذا الوجه مخالف لنص الشافعى وطريقه ان يحمل النص على مالاقيمة له مع فساده فى حال صحته فيحملها على مراتب (احداها) ان يتبين بالكسر أنه لم يكن له قيمة فى حال صحته أصلا وهذه الحالة يتبين بطلان البيع فيها قطعا على ما اقتضاه كلام القاضى حسين ويجرى فيها وجهان على ما اقتضاه كلام الغزالى (الثانية) ان يتبين أنه كانت له قيمة تافهة كالنقش ولعب الصبيان فهى محل الأربعة الاوجه المتقدمة والمذهب البطلان خلافا للقفال وطائفة والغزالى فان كلامه يقتضى ذلك فى هذه (المرتبة الثالثة) ان يفرض له قيمة قبل الكسر معتبرة فى صحة ايراد العقد عليه ثم تبطل بالكسر وهذا الفرض لم يذكره الاصحاب لانه متعذر أو بعيد فلو قدر وجوده فلا يمكن القول بتبين البطلان ههنا لكن يأتى الوجهان المفهومان من كلام الغزالى فى المرتبة الثانية (احدهما) ان البيع

فهو جواب على الوجه الاول ويجوز أن يحمل على اضرارها باللبن من غير توسط الحمل واذا منع الزوج فلا نفقة عليه فى تلك المدة ولو أجر السيد الامة للزوجة جاز ولم يكن للزوج منعها من المستأجر لان يده يد السيد فى الانتفاع وأما الزوج فلا يمنع من استئجارها إلا أنه إذا استأجرها

ينفسخ ويرجع بالثمن ويجعل طريق الاطلاع من ضمان البائع وان حصل فى يد المشترى (والثانى) انه لاينفسخ اذا قلنا ذلك ليس من ضمان البائع لكن يرجع المشترى على البائع بالارش وهو مابين قيمته سالما وفاسدا صحيح القشر وهذان الوجهان اذا فرض له قبل الكسر قيمة صحيحة للعقد لااشكال فى جريانهما ، يمكن صاحب الوجه الاول ان يحمل كلام الشافعى على ذلك وأنه يرجع بالثمن بطريق انفساخ العقد والخلاف فى كون طريق الاطلاع على العيب من ضمان البائع أولا سيأتى ان شاء الله تعالى فيما اذا كان له بعد الكسر قيمة (والاصح) أنه من ضمان البائع فيكون الاصح هنا من الوجهين اللذين قالهما الغزالى انه ينفسخ (وان قلنا) إن العقد صحيح لكن الظاهر أن الغزالى لايوافق على تصحيح انه من ضمان البائع فى المسألة الاتية وشبه ايضا بالخلاف فى قتل المرتد فى يد المشترى بالردة السابقة هل يكون من ضمان البائع اولا والصحيح انه من ضمان البائع * اذا عرفت ذلك رجعنا الى لفظ الكتاب قول المصنف فوجده لاقيمة للباقى أى بعد الكسر يشمل ماذا كان له قبل الكسر قيمة تافهة أو كثيرة اولا قيمة له أصلا والاخير محل اتفاق (والثانى) تقدم الكلام فيه وبينت أنه فرض بعيد أو متعذر فلا نجعله مدرجا فى كلام المصنف فانه بذلك يشكل الحكم بالبطلان لما تقدم والاول وهو ان يكون له قيمة تافهة هو محل الخلاف بيننا وبين القفال فلذلك والله أعلم أتى المصنف بهذه العبارة حتى تشمل القسمين الاول والثالث وتعليله بانه لاقيمة له يقتضى الاقتصار على القسم الثالث لكن الذى له قيمة تافهة كما لاقيمة له فالمراد لاقيمة له معتدا بها (وقوله) فيجب رد الثمن هو المنصوص للشافعى (وقوله) البيع باطل وماحمل معظم الاصحاب كلام الشافعى عليه *

﴿ فرع ﴾ قال ابن الرفعة انه تظهر فائدة الخلاف بين الاصحاب والقفال ايضا فى أن مجرد الاطلاع هل يوجب استرجاع الثمن أم لاعلى القول بانه استدراك للظلامة لايكون له الا اذا طلبه على الفور كما تقدم ذكره فى المبيع الذى تعذر رده لحدوث عيب به عند المشترى وعلى القول بتبين بطلان العقد يكون الثمن مستحقا من حين الكسر الذى زالت به المالية (قلت) اما اذا قلنا انه استدراك للظلامة لايكون الا طلبه على الفور فانه قد تقدم أنه عند امتناع البائع من أخذ المعيب وتعين الحق فى الارش لايجب أن المشترى يطلبه على الفور وقبل امتناع البائع تقدم عن الرافعى وغيره انه يعلمه به على الفور فان شاء قبله فهنا ان كان الرد عند القفال سائغا وانه إذا طلبه البائع يجب فالامر كما قال فاذا لم يعلمه به بطل الرد والارش لكن ذلك لافائدة فيه أصلا ولا يحصل للبائع به مصلحة وإن الرد عند القفال ممتنعا لخروجه عن المالية فيكون الارش متعينا ولا يجب طلبه على الفور وهذا هو الاظهر (وأما) قوله على

لارضاع ولده منها ففيه وجهان (أحدهما) وهو الذى ذكره العراقيون المنع ووجهوه بانها أخذت منه عوضا للاستمتاع وعوضاً للحبس فلا تستحق شيئا آخر وهذا على ضعفه منقوض باستئجارها لسائر الاعمال (وأصحهما) وهو المذكور فى الكتاب الجواز كما لو استأجرها بعد البينونة وكما لو

القول بتبين بطلان العقد يكون الثمن مستحقا من حين الكسر فمحمول على أن علمنا استحقاقه من حين الكسر وإلا فهو مستحق من حين التسليم لعدم صحة البيع من أصله والله أعلم *

﴿ فرع ﴾ أطلق المصنف الكسر فى هذا القسم فيقتضى أن لافرق بين ان يزيد فى الكسر أو يقتصر على قدر مايعرف به العيب وهو كذلك على المذهب لانه إذا تبين بطلان العقد لعدم كونه متقوما قبل الكسر فلا فرق اما على رأى القفال ومن وافقه فيظهر أن يقال ان زاد فى الكسر وكان لو اقتصر على مايعلم به العيب لبقيت تلك القيمة اليسيرة يكون الزائد من ضمان المشترى فلا يكون الارش جميع الثمن وفيه نظر *

﴿ فرع ﴾ ان اختلفا فى تسليمه صحيحا أو فاسدا فالقول قول البائع مع يمينه قاله الشيخ أبو حامد *

* قال المصنف رحمه الله تعالى *

﴿ فان كان له قيمة كبيض النعامة والبطيخ الحامض وما دود بعضه من المأكول نظرت فان كسر منه قدرا لايوقف على العيب بما دونه ففيه قولان (أحدهما) أنه لايرد وهو قول المزنى لانه نقص حدث فى يد المشترى فمنع الرد كقطع الثوب (والثانى) لايمنع الرد لانه معنى لايوقف على العيب إلا به فلم يمنع الرد كنشر الثوب (فان قلنا) لايرد رجع بأرش العيب على ما ذكرناه (وان قلنا) يرد فهل يلزمه أن يدفع معه أرش الكسر فيه قولان (أحدهما) يلزمه كما يلزمه بدل لبن الشاة المصراة (والثانى) لايلزمه لان الكسر الذى يتوصل به إلى معرفة العيب مستحق له فلا يلزمه لاجله أرش ﴾ *

﴿الشرح﴾ إذا كسر مالايوقف على عيبه إلا بكسره وكان للباقى بعد الكسر قيمة كما ذكره وكالرانج وغيره إذا بقيت له قيمة فان لم يزد على قدر مايعرف به العيب مثل أن نقب الرمان فعرف حموضته أو قطعه قطعا يسيرا فعرف أنه مدود (قال) القاضى أبو الطيب لان التدويد لايمكن أن يعرف بالنقب وان كان هكذا ففيه قولان وقد تقدم ذكرهما عن مختصر المزنى واتفقت الطرق على حكايتهما (أظهرهما) عند الاكثرين أنه لايمنع الرد وهو ما أورده المصنف (ثانيا) وهو الذى حكى المزنى فى كلامه أولا أنه سمعه من الشافعى وبه قال مالك وأحمد فى رواية وممن رجحه الماوردى والرويانى والشيخ أبو حامد ومن تابعه على ماحكاه الرافعى وقاسوه على المصراة هكذا قاسه الاكثرون والمصنف قاسه على نشر الثوب وسنذكر سبب ذلك ان شاء الله تعالى (والقول الثانى) انه ليس له الرد قهرا كما لو عرف عيب الثوب بعد قطعه وبهذا قال أبو حنيفة والمزنى وصححه صاحب التهذيب قال المزنى بعد حكاية ماقدمته عن المختصر هذا يعنى القول

استأجرها للطبخ والكنس ونحوهما وعن أبى حنيفة أنه لايجوز استئجارها للطبخ وما أشبهه لانه مستحق عليها فى العادة وعلى هذا الخلاف استئجار الوالد ولده للخدمة وفى عكسه (وجهان) إذا كانت الاجارة على عينه كالوجهين فيما اذا اجر المسلم نفسه من كافر *

بانه ليس له الرد أشبه بأصله لانه لايرد الرانج مكسورا كما لايرد الثوب مقطوعا الا ان يشاء البائع وأجاب الاصحاب بأن للشافعى فى الرانج قولان أيضا (فان قلنا) لايرد فهو كسائر العيوب الحادثة فيرجع المشترى بارش العيب القديم أويضم أرش النقصان اليه ويرده كما سبق هكذا قال الرافعى وهو مأخوذ من كلام الامام كما سنذكره فى آخر الكلام وعليه ينزل كلام المصنف والاصحاب فمن اطلق أنه يرجع بالارش فاذا رجع بالارش فيقوم صحيحا وقشره صحيح وفاسدا وقشره صحيح وينظركم نقص من قيمته فيرجع به من الثمن وهذا معنى قول المصنف على ماذكرناه اى انه يرجع من الثمن وليس كالأرش الذى يرده المشترى على ماسيأتى ان شاء الله تعالى ولايقومه مكسورا لأن الكسر نقص حدث فى يده وانما يجز تقويته مع العيب الذى كان عند البائع وطريق الاطلاع على العيب على هذا القول من ضمان المشترى لأنا منعناه من الرد (وان قلنا) يرد وهو الاظهر فهل يغرم أرش الكسر فيه قولان (احدهما) نعم كالمصراة وهذا هو الذى تقدم نقله عن المختصر فى قول الشافعى لك رده ومابين قيمته فاسدا صحيحا وقيمته فاسدا مكسورا فهذا صريح فى وجوب الارش على المشترى اذا رد ورجح الغزالى هذا القول (والثانى) لا لأنه معذور فيه والبائع بالبيع كأنه سلطه عليه وهذا أصح عند الجرجانى وصاحب التهذيب وابن ابى عصرون والرافعى فى المحرر ولهذا قال فى الروضة انه الاظهر ونقل الرافعى انه أصح عند غير صاحب التهذيب ايضا ونقل غيره انه أصح عند الشيخ ابي حامد ولم أرذلك فى تعليقته وطريق الاطلاع على هذا القول من ضمان البائع والفرق بينه وبين المصراة ان الكسر عيب حادث لم يفوت عينا على البائع بخلاف حلب المصراة فانه اظهر نقصا مع تفويت عين هكذا قال بعضهم ومن مجموع ذلك تأتى ثلاثة أقوال جمعها أبو اسحق المروزى والشيخ أبو حامد فمن بعده والغزالى جعلها أوجها (أحدها) انه لا يرد ويرجع بالأرش (والثانى) يرد بغير أرش وهو الأظهر عند الرافعى وغيره (والثالث) يرد مع الارش قال الغزالى وهو الأعدل ثم ننبه على الأمور (أحدها) أن طريق الاطلاع على العيب إما أن يكون من ضمان البائع أو من ضمان المشترى إن كان الأول فليرد بغير أرش كما رجحه الرافعى وان كان الثانى فليمتنع الرد فالقول بأنه يرد مع الارش خارج عن المأخذين مع أنه المنصوص فى المختصر وعلله الغزالى كما قال انه الاعدل بأنه حتى لا يتضرر البائع ايضا وذلك من قبيل المصلحه المرسلة (الثانى) قال الرافعى فى المحرر انه لا يمنع الرد واذا رد لم يغرم الارش على الاظهر وتبعه فى المنهاج فقال رد ولا أرش عليه فى الاظهر فان أراد أن الرد مجزوم به والخلاف فى الارش فهذه طريقة لم أعلم من قال بها فالوجه أن يحمل قوله فى الاظهر غاية الايهام ويكون المعنى ان الاظهر انه يرد بغير أرش وهو القول الذى رجحه فى الشرح ومقابله قولان عدم

قال ﴿ أما الحصول للمستأجر نعني به ان استئجاره على الجهاد (و) والعبادات التى لاتجرى النيابة فيها فاسد اذ يقع للأجير * وأما الحج وحمل الجنازة وحفر القبر وغسل الميت فيجرى فيها

الرد مطلقا أو الرد مع الأرش (الثالث) قال الامام مما يجب التنبه له ولا تتحقق الاحاطة بالمسألة دونه أن المسألة التي نحن فيها لا تتميز أصلا عن تفصل القول في العيوب الحادثة إلا على قولنا إن المشترى يرد المعيب المكسور من غير أرش فان لم نسلك هذا المسلك فلا فرق فانا إنا ذكرنا في الكسر خلافا في المنع من الرد وضم أرش الحادث من العيب فقد ذكرنا مثله في كل عيب حادث فلا تنفصل هذه المسألة عن غيرها إلا اذا جوزنا الرد مع غير غرم أرش في مقابلة عيب الكسر فلو قال قائل مسألة الكسر أولى بأن يحتكم المشترى فيها بالرد مع غرامة الأرش كان هذا فرقا في ترتيب مسألة عن مسألة هذا كلام الامام وهو في نهاية الحسن لكنه يقتضي أنه عند التنازع يأتي الخلاف فيمن يجاب (فان قلنا) في تلك المسائل يجاب المشترى فههنا أولى (وان قلنا) يجاب البائع مطلقا أو إذا طاب تقرير العقد فههنا خلاف والذي يدل عليه ظاهر النص الذي سمعه المزني من الشافعي أن المجاب المشترى في طلب الرد مع الأرش والفرق بينه و بين تلك المسائل أما على القول الذي اختاره المزني بامتناع الرد فتتحد هي وتلك المسائل كما تقدم عن الرافعي والظاهر أنه أخذه من كلام الامام هنا (الرابع) أنه اذا اشترى ثوبا مطويا فنشره ووقف على عيب به فان لم ينقص بالنشر فلا يمنع الرد وان نقص فان كان لا يوقف على عيبه إلا به مثل إن يتولى ذلك من هو من أهل الصنعة ويرفق به ففي المسألة الاقوال المذكورة وان لم يكن من اهل الصنعة ونقص نقصا زائدا فعلى ماسيأتي فيما اذا زاد في الكسر المذهب امتناع الرد وقال ابو اسحق على الأقوال واطلق الاصحاب المسألة فصورها صاحب الحاوى فيما اذا كان مطويا على طاقين حتي يرى جميع الثوب من جانبيه فان كان على اكثر من طاقين لم يصح البيع ان لم نجوز خيار الرؤية قال الرافعي وهذا احسن لكن المطوى علي طاقين لايري من جانبيه الا احد وجهى الثوب وفي الاكتفاء به تفصيل وخلاف قد سبق وقال امام الحرمين ان هذا الفرع مبنى على تصحيح بيع الغائب وذكر الرافعي تنزيلين آخرين (احدهما) ان يفرض رؤية الثوب قبل الطي والطي قبل البيع (والثاني) ان ماينقص بالنشر ينقص بالنشر مرتين فوق ماينقص به مرة واحدة فلو نشر مرة و بيع واعيد طيه ثم نشره المشترى فزاد النقصان بذلك انتظم الفرع * اذا علم ذلك فالمصنف قاس علي نشر الثوب فان اراد الذي لا يحصل به نقص فالفرق ظاهر وان اراد مايحصل به نقص وهى كالمسألة والخلاف فيها كالخلاف فكيف يجعلها اصلا ويقيس عليها وكذلك صاحب التهذيب قاس على

النيابة والاجارة * وللامام (و) استئجار أهل الذمة للجهاد اذ لا يقع لهم * والاستئجار على الاذان جائز للامام * وقيل انه ممنوع كالجهاد * وقيل انه يجوز لآحاد الناس ليحصل للمستأجر فائدة معرفة الوقت * ولا يجوز الاستئجار على إمامة الصلوات الفرائض * وفي إمامة التراويح خلاف *

نشر الثوب والمصراة جميعا والظاهر ان المصنف انما قاس على نشر الثوب ولم يقس على المصراة لان المسألة خلافية بيننا و بين ابى حنيفة وأبو حنيفة لايسلم الحكم فى المصراة فلا يمكن الاحتجاج عليه بها فقاسها على نشر الثوب وكذلك فعل فى النكت قال كنشر الثوب وقلب الصبرة وهذا يدل على انه أراد النشر الذى لايحصل به نقص ولهذا لم يقل فى علته هنا إنه نقص بل قال يعنى كانه لكونه طريقا إلى معرفة العيب لايعد نقصا (الخامس) قال المرعشى فى ترتيب الأقسام سببا ذكرته فيما تقدم مختصراً ولابد من ذكره هنا والتنبيه على مافيه وهو ان العيب الحادث فى المصراة على ثلاثة أضرب مافيه قول واحد أنه يرد كالعيب والخيار كغمزه بعود أو بحديدة فيتبين الارش وما فيه ثلاثة أقوال له أنه مر فله الرد وما فيه قولان كالثوب يقطع ثم يتبين به حرق هل يرده ونقص القطع أولا ويأخذ الارش وما فيه ثلاثة أقوال كالجوز واللوز ومالا يتوصل الى علمه إلا بكسره فاذا كسره فأصابه فاسداً ففيه ثلاثة أقوال (أحدها) يرده وما نقص (والثانى) يأخذ الارش (والثالث) يرد ويأخذ جميع الثمن (قلت) فان كان مراده حيث لانجعل فى العيب والخيار عيب بذلك الغمز فهو يخالف فرضه وان حصل فيه بذلك عيب فان لم تبق له قيمة لم يأت إلا الرد والرجوع بجميع الثمن كما قال وحينئذ القسم الثالث فى كلامه ان لم تبق له قيمة فلا يأتى فيه إلا قول واحد كذلك وان بقيت له قيمة لم يأت فيه القول بالرجوع بجميع الثمن (السادس) قول المصنف لايوقف على عيبه إلا بكسره أحسن من قول من قال مأكوله فى جوفه فانه يشمل الثوب إذا نشره كما تقدم وكذلك إذا اشترى قطعة خشب ليتخذ منها ألواحا فلما قطعها وجدها عفنة قال القاضى حسين فى الفتاوى فيه قولان كما مأكوله فى جوفه (فان قلنا) لارد له يأخذ الأرش من البائع وهو مابين قيمتها عفنة وغير عفنة قال وبه أفتى (قلت) وهذا اختيار منه للقول المرجوح فى عدم الرد ولا جرم صححه تلميذه وصاحب التهذيب كما تقدم *

* قال المصنف رحمه الله تعالى *

﴿ فان قلنا يلزمه الأرش قوم معيباً صحيحا ومعيبا مكسورا ثم يرجع عليه بما بين القيمتين لأنه لما رد انفسخ العقد فيه فصار كالمقبوض بالسوم والمقبوض بالسوم مضمون بالقيمة فضمن نقصانه بما نقص من القيمة ويخالف الارش مع بقاء العقد لان المبيع مع بقاء العقد مضمون بالثمن فضمن نقصانه بجزء من الثمن ﴾*

﴿ الشرح ﴾ إذا قلنا يلزم المشترى الارش عند رد المكسور كما هو ظاهر نص المختصر على خلاف الذى رجحوه فالارش ههنا هل هو كالارش المأخوذ من البائع عند بقاء العقد وقد تقدم انه جزء من الثمن نسبته اليه نسبة مانقص العيب من قيمة السليم الى تمامها أو الارش هنا مخالف لذلك

والاصح منعه * وبالجملة فكل منفعة متقومة معلومة مباحة يلحق العامل فيها كلفة ويتطوع بها الغير عن الغير يصح ايراد العقد عليها ﴾*

الذي قاله المصنف هنا انه مخالف وأن الارش ههنا لاينسب من الثمن بل هو مانقص من قيمة السليم كما ذكره في الكتاب ووافقه على ذلك أكثر الاصحاب المتقدمين والمتأخرين ومنهم الشيخ أبوحامد والقاضي أبو الطيب وصاحب التتمة وصاحب التهذيب والرافعي وخلائق لايحصون والظاهر ان ذلك لااختصاص له بهذه المسألة بل بحيث أمرنا المشترى برد الارش على البائع بعد الفسخ في العيوب الحادثة ولذلك قال الروياني فيما إذا تقايلا ثم وجد البائع بالمبيع عيبا حدث عند المشترى وقلنا بأن الاقالة لاتنفسخ وهو الاصح عند الروياني انه يرجع البائع على المشترى بالارش قال والاقرب أنه يلزمه نقصان القيمة لان البيع مرتفع بينهما وهذا الذي قاله المصنف والاصحاب يطرقه أمران (أحدهما) من جهة البحث (والثاني) من جهة النقل أما الذي من جهة البحث فقال مجلى في الذخائر فيه احتمال لان الفسخ يرفع العقد بعد القبض من حينه فقد وجد العيب في يده وهو مضمون عليه بالثمن فينبغي أن يكون فوات ذلك الجزء مضمونا بجزء من الثمن وأما الذي من جهة النقل فقال المصنف في باب اختلاف المتبايعين ان المشترى إذا قطع يد العبد في يد البائع لم يجز له الفسخ فان اندمل ثم تلف في يد البائع رجع البائع على المشترى بارش النقص فيقوم مع اليد ويقوم بلا يد ثم يرجع بما نقص من الثمن ولا يرجع بما نقص من القيمة ولذلك قال القاضي أبو الطيب في شرح الفروع ان المشترى إذا وطىء الجارية المبيعة البكر في يد البائع ثم تلفت قبل القبض انه يجب أرش البكارة منسوبا من الثمن وطرد ذلك فيما إذا قطع يد العبد ثم مات بآفة سماوية قبل القبض انه يستقر نصف الثمن وقال إذا قطع المشترى يد العبد انه يستقر العقد بجملة الثمن حتى إذا تلف العبد بعد ذلك لايرجع المشترى على البائع بشيء وفي الحاوى حكاية خلاف في صورة قطع اليد في أن البائع يرجع على المشترى عند تلف العبد بالارش المقدر كالاجنبي أو بما نقص من القيمة لان الجناية كانت في ملكه بخلاف الاجنبي وفي التهذيب هل يستقر على المشترى من الثمن نسبة ما انتقص من القيمة وهو المذهب في تعليق القاضي حسين والمجزوم به في شرح الفروع للقفال وقد قدمت ذلك عن القاضي حسين والقفال في وطء البكر فهذه النقول كلها إلا مافي الحاوى تدل على أن الارش المأخوذ من المشترى مقدر من الثمن كالارش المأخوذ من البائع وذلك يؤيد ماقاله مجلى والجواب اما ماذكر من النقل فان ابن أبي الدم فرق بين مسألتنا هذه وبين المسألة التي ذكرها المصنف في اختلاف المتبايعين من وجهين (أحدهما) أن المشترى لما رد المبيع بالعيب فقد فسخ العقد باختياره فارتفع العقد قولا واحدا وصار كأن العقد لم يوجد ولا كأنه التزم ثمنه لان العقد إنما انعقد بينهما على ظن المشترى السلامة

(الشرط الرابع) حصول المنفعة للمستأجر والا اجتمع العوضان في ملك واحد فانه اذا قال استأجرت دابتك لتركبها بعشرة كانت المنفعه والعشرة حاصلة له • في كنز العناية في هذا الشرط نذكر حكم العبادات في الاستئجار وضبطها امام الحرمين فقال هي على نوعين (احدها) الذي يتوقف الاعتداد بها على

التي يقتضيها مطلق العقد فاذا بان كونه معيبا صار كانه اتلفه ولم يجر عليه عقد فكان الثمن في هذا بعيدا عن العقد فلم تنسب القيمة اليه وهذا معنى قول الشيخ فصار كالمقبوض على وجه السوم بخلاف مسألة العبد فان المشترى هو المفرط بقطع يد العبد وتعييبه ولم ينسب البائع فيه الى تقصير في عيب أصلا فكأن المشترى رضي بالعقد ورضي بالتزام الثمن فيه فقرب الثمن من العقد فاعتبرت القيمة منسوبة إلى الثمن (الفرق الثاني) أن نسبة يدي العبد كنسبة نفسه على مذهب الشافعي في أن جراح العبد من قيمته كجراح الحر من ديته فيده كنصف نفسه فلو قتل المشترى العبد كان قابضا له قولا واحداً فاذا قطع يده فكانه قبض نصف العبد تقريراً فاذا مات بعد الاندمال بيد البائع اعتبرت القيمة منسوبة الى الثمن لقرب العقد من الاستقرار وما ذكره القاضي أبو الطيب يقوى ما ذكرناه من الفرق بين المسألتين ويفهم منه اختلاف ما بينهما وقول الماوردي في الوجه الاول انه يضمنه بالارش المقرر كالأجنبي معناه إنه يضمنه بنصف قيمته تقديرا (وقوله) في الوجه الثاني انه يضمنه بما نقص معناه أنه يلحق بغير العبد كالبطيخ وغيره وكأن الوجه الأول مبنى على مذهب الشافعي في جراح العبد (والثاني) مبنى على مذهب ابن سريج أنها غير مقدرة بل الواجب فيها ما نقص من قيمتها كالواجب في غير العبيد وذكر الامام في الغصب خلافا في أن المشترى إذا قطع يدى العبد هل يكون قابضا له ويسقط ضمان العقد في الباقي واستضعف القول بالسقوط هذا جواب ابن أبي الدم رحمه الله وما لحظه في الفرق الأول من التفريط وعدمه غير متضح وما ذكره في الفرق الثاني من قرب الاستقرار أبعد لأن المسألة هنا بعد القبض المحقق وقد استقر العقد وكان ينبغي أن ينسب من الثمن وقد مال ابن الرفعة إلى ماقاله مجلي وأيده باتفاق الاصحاب على أن غريم المفلس إذا رجع في العين وقد نقصت في يد المفلس بفعل مضمون يضرب مع الغرماء بقدر أرش النقص من الثمن واعتذر عما ذكره الاصحاب على اختلاف احتمال مجلي بتخصيص ما ذكره بحالة فوات وصف مجرد من المبيع ليس بجزء وما ذكر من المسائل المنقولة مما ذكره المصنف في باب اختلاف المتبايعين وغيره في بعض الأجزاء وهي أقرب إلى المقابلة من الصفات المجردة فلذلك جعل مستوفيا لها وحسب بدلها عليه من الثمن بخلاف الصفات فان العبد إذا زنى أو سرق أو أبق لايمكن أن يجعل المشترى بذلك مستوفيا لصفة السلامة منه حتى يستقر عليه من الثمن بنسبة ما نقص من قيمته قال وهذا من دقيق الفقه فليتأمل (قلت) وهو حسن إن سلم لكن يخدشه أمران (أحدهما) تعليل المصنف والاصحاب بأنه لما رد انفسخ العقد فيه وصار كالمقبوض بالسوم والمقبوض بالسوم مضمون بالقيمة وذلك لافرق فيه بين الاجزاء والاوصاف وكما أنا في الارش

النية فما لاتدخله النيابة منها لايجوز الاستئجار عليه لان الاستئجار نيابة خاصة وما تدخله النيابة منها يجوز الاستئجار عليه كالحج وتفرقة الزكاة وقال الامام ومن هذا القبيل غسل الميت اذا اعتبرنا فيه النية لجريان النيابة فيه والنوع الثاني لايتوقف الاعتداد بها على النية وهي تنقسم الى فرض كفاية والى

المأخوذ من البائع لافرق فيه بين الاجزاء والأوصاف فكذلك هنا ومن يزعم أن الارش جزء من الثمن ويأخذه عن الزنا والاباق ونحوه من الاوصاف من البائع منسوبا من الثمن وان كانت ليست بمقابلته إلا على وجه التقدير إن صح فكيف لاينزلها فى جانب المشترى كذلك وأيضا فانهم أطلقوا هنا وقد يكون الذاهب جزأ (والثانى) أن الغزالى رحمه الله فى مسألة الحلى بعد أن حكى قول ابن سريج والاصحاب قال فتحصلنا على احتمالين فى حقيقة كل واحد من الارشين أنه غرم ابتداءا وفى مقابلة المعقود عليه والمشهور ماأشار اليه ابن سريج فيهما جميعا يعنى أنه جزء من الثمن والفائت فى مسألة الحلى بالكسر وصف لاجزء فكلام الغزالى هذا وان استشكلنا به قول ابن الرفعة فانه يشكل أيضا على ماقاله المصنف والاصحاب هنا من أن الارش من المشترى لاينسب من الثمن بل من القيمة وذلك يخالف قول الغزالى انه جزء من الثمن كالمأخوذ من البائع على أحد الاحتمالين اللذين ذكرهما وقال إنه المشهور ولا شك أن المشهور الذى قال به معظم الاصحاب فى الارش القديم فلم لا كان كذلك فى الارش الحادث اللهم إلا أن يقال لايلزم من كونه جزء من الثمن أن يكون منسوبا منه وهو بعيد لانه متى لم ينسب منه لايكون جزأ منه فكلام الغزالى فى الارش الحادث مخالف لما قاله المصنف والاصحاب هنا ثم ان للغزالى أن يقول للاصحاب أنتم منعتم رد الحلى مع أرش الكسر الحادث حذرا من الربا وقلتم اما أن يرده وحده ويسترجع الثمن ثم يغرم أرش الحادث كالمستام كما تقدم عن أكثر الاصحاب واما أن يغرم قيمته كما قال ابن سريج واما أن يأخذ أرش القديم كما قال صاحب التقريب ومنعوه أن يضم أرش الحادث اليه فى الرد كما يفعل فى غيره فان كان الارش حيث أخذ من المشترى لايكون جزأ من الثمن فلا تخصيص لمسألة الحلى بل صارت هى وغيرها الارش الذى يرده المشترى كالارش الذى يغرمه المستام ولا يبقى محذور من جهة الربا فيه وان كان الارش جزأ من الثمن كما اقتضاه كلامهم فى مسألة الحلى وفروا الى أن جعلوه كالمستام لضرورة فرارا من الربا فدل على أنه فى غير ذلك الموضع يكون بخلافه ولا يخرج عن كونه منسوبا من الثمن وقد تقدم فى مسألة الحلى وغيرها أن الامام نبه على الارش عن الحادث كيف يضم إلى المبيع المعيب ويرد الرد عليهما جميعا واستشكال ذلك والخلاص عنه بما سبق فان صح مايقوله المصنف والاصحاب هنا من أن أرش الحادث لاينسب من الثمن خرجت مسألة الحلى فى رد الارش الحادث معها عن الاشكال وبين ماقدمناه من الاحتمالات فى رد الارش عن الحادث وان سبيله سبيل الغرامات لاغير لكن يبقى عليه ماذكره محلى من الاشكال وعند هذا أقول ان كلام المصنف والاصحاب هنا لم يريدوا به كل العيوب الحاصلة فى يد المشترى كالزنا والسرقة والاباق

شعار غير مفروض (القسم الاول) فرض الكفايات وهو على ضربين (احدهما) مايختص افراضه فى الاصل بشخص وموضع معين ثم يؤمر به غيره ان عجز كتجهيز الميت بالتكفين والغسل وحفر القبر وحمل الجنازة والدفن فان هذه المؤنات تختص بتركة الميت فان لم تكن فحينئذ يجب على الناس القيام

فاذا فرض حصو لها فى يد المشترى منعت الرد فاذا انفقا على الرد مع أرشها كان على حسب مايتفقان عليه وفى تقدير ذلك بحث قدمته عند حدوث العيب وذكرت فيه أربعة احتمالات ومراد المصنف هنا والاصحاب بما يحصل بفعل المشترى ككسر البطيخ ونحوه مما هو يتكلم فيه فان ذلك مضمون على المستام بمانقص من القيمة وكذلك كسر الحلى فلذلك يضمنه وسائر صور حدوث العيب غير مسألتنا هذه ومسألة الحلى الامر فيها سهل اذا كانت على حسب التراضى فان المتبايعان على ماشاءا من قليل وكثير أما ماذا قلنا المجاب البائع أو المشترى ودعى الى الرد مع الارش فيحتاج اليه وكذلك فى هذه المسألة اذا كان الامر على ماتقدم عن الرافعى اما على مايظهر من عبارة المصنف وأكثر الاصحاب من أما اذا قلنا بالرد ورد الارش كان ذلك إلى المشترى وله الزام البائع به وفسخ العقد فيحتاج الى البيان فيه ولا جرم لم يذكر المصنف وكثير من الاصحاب الكلام فى ذلك إلا فى هذه المسألة وكأنهم رأوا أن المشترى يلزم البائع بالرد ثم يبقى الارش لازما له فاحتاجوا الى بيانه ومسألة الحلى أولى بالبيان لأن الامر فيها على بيان الالزام فاذا تقرر حيث قلنا بالالزام وكلام المصنف هنا والاصحاب بل الشافعى فى المختصر يقتضى ان ذلك منسوب الى القيمة وجزم الاصحاب غير مجلى بأنه ليس منسوبا من الثمن وهو مشكل بما قاله مجلى وأما كونه يرجع فى المفلس بجزء من الثمن فيظهر الفرق بينه وبين مانحن فيه بأن المقصود فى المفلس وصول البائع الى الثمن فعند التعذر جوز له الرجوع الى عين ماله فاذا فات منها جزء نسبناه من الثمن لانه الاصل المقصود هناك لامقصود غيره فالمفلس مأخوذ منه بغير اختياره والمشترى هناك راد باختياره ومقصوده نقض البيع الذى دلس عليه البائع فيه

﴿ فرع ﴾ قال ابن الرافعة على كل حال فى أى وقت نعتبر القيمة فيه فيه وجهان (اصلهما) ماذا تعيب العين فى يد المستام (أحدهما) وقت حدوث العيب (والثانى) أكثر ما كانت من حين القبض الى حين حدوث العيب وكذا فيما قد يظن انه يقتضى ان العقد اذا فسخ لايرتفع من حينه لكنه على الاول يرتفع من حين حدوث العيب وعلى الثانى يرتفع من حين القبض وليس كذلك بل هو مرتفع من حينه ومن ارتفاعه من حينه لايمكن ان يقال بتقدير جزء من الثمن فيتعين الرجوع الى القيمة واقرب وقت تعتبر فيه عند الاول وقت حدوث العيب لان الواجب ارشه فلذلك اعتبره والقائل الاخر يقول قد انكشف الحال عن ضمان العيب بالقيمة على المشترى وقد ثبتت يده على الفائت من حين القبض الى حين التلف فضمن اكثر القيمة فى ذلك قل وعلى الجملة ففى التسوية بين السنام والمشترى فى هذا المقام نظر ظاهر مع لحاظ ان العقد لايرتفع من اصله فهذان الوجهان يقربان من الوجهين فيما

بها فمثل هذا يجوز الاستئجار عليه لأن الاجير غير مقصود بفعله حتى يقع عنه وعد من هذا القبيل تعليم القرآن فان كل احد يختص بوجوب التعليم وان كان يسير القرآن وانبتاعنه من فروض الكفايات وهذا اذا لم يتعين واحد لمباشرة هذه الاعمال فان تعين واحد لتجهيز الميت ولتعليم الفاتحة فوجهان

اذا فسخ العقد بالتحالف وقد نقص المبيع فى يد المشترى مع لحاظ ان العقد يرتفع من اصله والاصح منهما عند الغزالى اعتبار وقت التلف وليس الوجهان مثل الوجهين لان الفائت فى التحالف جزء مقابل بالثمن كما هو مفروض هناك وهنا قد تقرر ان الفائت صفة ولكنهما قريبان منهما (قلت) وقد قال صاحب التتمة اذا تحالفا والسلعة هالكة وقلنا العقد يرتفع من اصله صار كالمستام (وان قلنا) من حينه غرم اقل قيمتى يوم العقد والقبض والاصحاب اطلقوا انه يغرم قيمة يوم التلف وما قاله ابن الرفعة يشهد لما قاله على ان الارش المأخوذ من المشترى ينبغى بناؤه على ذلك *

* قال المصنف رحمه الله تعالى *

{ وان كسر منه قدرا يمكنه الوقوف على العيب بأقل منه ففيه طريقان (أحدهما) لا يجوز الرد قولا واحدا لانه نقص حدث بمعنى لا يحتاج اليه لمعرفة العيب فمنع الرد كقطع الثوب (والثانى) انه على القولين لانه يشق التمييز بين القدر الذى يحتاج اليه فى معرفة العيب و بين مازاد عليه فسوى بين القليل والكثير } *

{ الشرح } (الطريقة الاولى) هى المذهب كذلك قال الشيخ أبو حامد وغيره وحكاه الماوردى عن أبي حامد المروزى وجمهور اصحابنا (والطريقة الثانية) حكاها ابو اسحق المروزى عن بعض اصحابنا (فان قلنا) بالطريقة الاولى فذلك كسائر العيوب الحادثة كذلك قاله الرافعى اى فيأتى فيه ماتقدم من الخلاف عند التنازع اذا دعى أحدهما الى الارش القديم والاخر الى خلافه (وان قلنا) بالثانية فعلى ماتقدم اذا لم يزد فى الكسر حرفا بحرف *

{ فرع } اذا عرفت هذا قال اصحابنا مكسور الجوز ونحوه ونقب الرانج من صور الحال الاول الذى لايقف على العيب بدونه وكسر الرانج وترضيض بيض النعام من صور الحال الثانى الذى يمكنه الوقوف على العيب باقل منه وكذا تقوير البطيخ الحامض اذا امكن معرفة حموضته بغرز شيء فيه وكذا التقوير الكبير اذا أمكن معرفته بالتقوير الصغير والتدويد لايعرف الا بالتقوير وقد يحتاج الى الشق ليعرف وقد يستغنى فى معرفة حال البيض بالقلقلة على الكسر قال القاضى حسين وغيره والرمان بمطلقه لايقتضى حلاوة ولا حموضة فاذا شرط فيه الحلاوة فبان حامضا بالغرز رد وان بان بالشق فلا *

{ فرع } روى أن مولى لعمرو بن حريث الصحابى اشترى لعمرو بن حريث بيضا من بيض النعام أربعا أو خمسا فلما وضعهن بين يدى عمرو بن حريث كسر واحدة فاذا هى فاسدة ثم ثانية ثم ثالثة حتى

(احدهما) المنع كفروض الاعيان ابتداء (وأصحهما) الجواز كما أن المضطر يجب اطعامه ويجوز تغريمه (والضرب الثانى) مايثبت افتراضه فى الاصل شائعا غير مختص بشخص وموضع كالجهاد فلا يجوز استئجار المسلم عليه لأنه مكلف بالجهاد والذب عن الملة فيقع عنه ويجوز استئجار الذمى عليه وسيأتى

تتابع منهن فاسدات فطلب الأعراب يخاصمه إلى شريح فقال شريح أما ما كسر فهو ضامن له بالثمن الذى أخذه به وأما مابقى فأنت ياأعرابى بالخيار ان شئت كسروا فما وجدوا فاسدا ردوه وما وجدوه طيبا فهو بالسعر الذى بعتهم به وأخذ بعض الناس من هذا ان عمرو بن حريث رضى الله عنه كان رأيه جواز الرد *

* قال المصنف رحمه الله تعالى *

﴿ وان لم يعلم بالعيب حتى هلك المبيع أو أعتقه أو وقفه ثبت له أرش العيب لأنه أيس من الرد فثبت له الرجوع بأرش العيب * ﴾

* الشرح * امتناع الرد عند هذه الأمور لعدم امكانه لأن الرد يعتمد مردودا واتفقوا على أنه لاتقام قيمة التالف مقامه ليرد الرد عليها إلا مانقل عن أبى ثور وقد ذكرته عند الكلام فى المصراة من نقل الجوزى عنه لكن ابن المنذر نقل عنه هنا المذهب الشافعى وبعضهم زعم أن الرد ورد على خلاف القياس فيقتصر فيه على مورد النص فالاجماع ولم يحصل ذلك عند تلف اللبن وفرقوا بينه وبين التحالف حيث جاز عند هلاك العين بهذا أو بان لنا فى الرد بالعيب طريقا آخر وهو الأرش بخلاف التحالف وكذلك الفسخ بخيار المجلس أوالشرط عند تلف المبيع فى يد المشترى (إذا قلنا) بانتقال الضمان بقبضه فى زمان الخيار فانه يجوز كالتحالف والاقالة بعد تلف المبيع جائزة على الاصح (ان قلنا) إنها فسخ وقيل لا لعدم الحاجة اليها * إذا عرف ذلك فالارش واجب قطعا بعلتين (احداهما) ماذكره المصنف أنه أيس من الرد وهذه مقتضى قول أكثر الاصحاب كما سيتبين لك فيما اذا باعه (والثانية) أنه لم تستدرك الظلامة وهو مقتضى علة أبى اسحاق فى مسألة البيع كما سيأتى ان شاء الله تعالى ولم يتفقوا على أن كل واحدة علة مستقلة لاختلافهم فيما اذا تلف فى يد المشترى الثانى كما سأتى ولا جزء علة كذلك بل الاكثرون يعتبرون اليأس ولا يعتبرون العلة الأخرى وأبو اسحق بالعكس فاذا وجد المعنيان أو انتفيا اتفقوا وان وجد أحدهما دون الاخر اختلفوا وههنا اجتمع اليأس وعدم استدراك الظلامة فاتفقوا على الرجوع بالارش فالمصنف تبع الاكثرين فى التعليل ولم يعتبر قول أبى اسحاق وقد ذكر المصنف ثلاث مسائل مشتركة فى الفوات (أحدها) فى الفوات الحسى (والثانية والثالثة) فى الفوات الشرعى أما (الاولى) وهى هلاك المبيع فذلك يشمل ماذا هلك بنفسه كموت العبد واحتراق الثوب وشبههما وهذا لاخلاف فيه وممن قال به مالك وأحمد وأبو ثور على ماحكاه ابن المنذر وروى ذلك عن الشعبى والزهرى وحكى الامام قبيل كتاب الرهن فيما اذا قبض المسلم المسلم فيه قال وذهب المزنى إلى أن

ذلك فى كتاب السير ان شاء الله تعالى (والقسم الثانى) شعائر غير مفروضة كالأذان تفريعا على الاصح وفى جواز الاستئجار عليه ثلاثة اوجه ذكرناها وترتيبها فى باب الاذان فان جوز فعن الشيخ ابى محمد وغيره ثلاثة اوجه فى أن المؤذن على م يأخذ الاجرة (أحدها) انه يأخذ على رعايه مواقيته والله

الرجوع بالارش لايثبت بعد تلف المقبوض قال ابن الرفعة وهو يجرى هنا بطريق الاولى لانغاية الامر أن يجعل المعين عما فى الذمة كالدين فى العقد (قلت) وليس كذلك وقد كنت استغربت هذا القول عن المزنى فتبعت أثره فرأيت فى تعليق القاضى حسين قبيل كتاب الرهن أيضا مايشبهه ويبين مأخذه وأنه لايطرد ههنا وذلك أنه قال إذا أسلم فى طعام وقبض بعضه وأتلفه ثم قبض الباقي فاطلع على عيب به وادعى أن المتلف كان به هذا العيب فالقول قول المسلم اليه فان نكل حلف المسلم ورجع عليه بالأرش قال المزنى وجب أن لايجوز له الرجوع بالأرش لأنه يؤدي الى أن يأخذ بعض المسلم فيه و بدلا عن الباقي قلنا هذا ليس من الاستبدال فى شيء وانما هو فسخ العقد فى البعض لانه كاحتباس جزء ألا ترى أنه انما يثبت له حق استرداد مايقابل العيب من رأس المال لو أسلم فى كر حنطة فقبضها وأتلفها ثم اطلع على عيب قديم بها ينقص عشر قيمتها رجع على المسلم اليه بعشر رأس المال وكلام القاضى هذا يبين لنا أن مأخذ المزنى فى ذلك جعله من باب الاستبدال عن المسلم فيه والامام أخذ ذلك عن القاضى واختصر وسكت عن مأخذه واقتصر على حكاية النقل عن المزنى فى حالة التلف فحصل فى كلامه إشكال أوجب لابن الرفعة أن نقل ذلك هنا و بما ذكره القاضى اندفع ذلك ومقتضاه أن المزنى يمنع أخذ الأرش عن المسلم فيه مطلقا عند التلف وغيره ثم ان القاضي أيضا فرضها فى الاتلاف لا فى التلف فهذا مايتعلق بهذا القسم الذى يحصل هلاك المبيع بنفسه وأما اذا قتل العبد أو أكل الطعام ونحوه فكذلك عندنا سواء حصل ذلك بفعل المشترى أو أجنبي (وقال) أبو حنيفة لايرجع بالارش فيهما لانه فعل مضمون فاشبه ما إذا باعه أو أمسكه وقاس أصحابنا على الموت والاعتاق وأجابوا عن البيع بعدم اليأس وعن الامساك بدلالته على الرضي بالعيب وإما الثانية والثالثة وهى ما إذا أعتقه أو وقفه فاتفق أصحابنا أيضا على أنه يرجع بالارش ووافقنا مالك وأحمد وأبو ثور والشعبي والزهرى فيما روى عنهما فى العتق وروى عن شريح والحسن أنهما قالا إذا أعتقه فقد وجب عليه ومحل اتفاق أصحابنا على ما إذا كان العتق بانشاء المشترى كما تدل عليه عبارة المصنف وكان متبرعا بذلك وفى معناه انشاء وكيله أما لو لم يكن بانشائه كمن اشترى من يعتق ثم اطلع على عيب أو كان بانشائه ولكنه كان اشتراه بشرط العتق ثم وجد به عيبا بعد العتق فنقل الرافعى عن ابن كج عن ابى الحسين وهو ابن القطان فى المسالة الاولى وجهين فى شراء القريب (الثانية) أنه لا أرش فى

على رفع الصوت (والثالث) على الحيعلتين لانهما ليسا من الاركان (والاصح) وجه رابع أنه يأخذه على جميع الأذان بجميع صفاته ولايبعد استحقاق الاجرة على ذكر الله تعالى كما لايبعد استحقاقها على تعليم القرآن وان اشتمل على قراءة القرآن ويتخرج على هذه التقاسيم صور (منها) الاستئجار للامامة

مسالة

مسألة شرط العتق قال يعني ابن كج وعندى ان له الارش فى الصورتين فعلي هذا يكون قول المصنف أعتقه لانه الغالب أو على سبيل المثال وليس المقصود به الاحتراز ولا يستثني من كلامه شيء علي رأى ابن كج وهو الصحيح وعلى رأى ابن القطان تستثنى مسألة شرط العتق والذى يترجح فى مسألة شرط العتق ماقاله ابن كج وأما شراء القريب فان كان مع جهل المشتري بالقرابة حين الشراء فكذلك وبه جزم الامام قبيل كتاب السلم وان علم المشترى حالة الشراء انه قريبه الذي يعتق عليه فقد يقال انه انما بذل الثمن فى مقابلة العتق وليس المال مقصودا له لكن الاظهر الرجوع بالارش أيضا لان المقصود ان كان هو العتق فبذل ذلك الثمن بكماله انما كان فى مقابلة مايظن من المبيع فاذا فات جزؤ صار المبيع الذى قصد عتقه مقابلا لبعض الثمن فيرجع فى الباقي وأطلق الروياني فى الحلية أنه لايجب الارش فى شراء القريب قال لان المعنى فى العاقد لا فى العبد (قلت) وهذا المعنى لو سلم له يرد عليه فى انشاء العتق تبرعا وهو يوافق على أخذ الأرش وقد أورد الأصحاب سؤالا وجوابه فيما إذا أعتقه مطلقا وان كان تبرعا قالوا (فان قيل) اذا أعتقه فقد حصل له الثواب (فالجواب) أن استدراك الظلامة بالمال دون الثواب علي أنه إنما حصل له ثواب عبد معيب وهو دون ثواب السليم لقوله ﷺ لما سأله أبو ذر رضى الله عنه أى الرقاب أفضل فقال أعلاها ثمنا وأنفسها عند أهلها رواه البخارى فالجزء الفائت بالعيب لم يتناوله العتق ولا حصل له عنه ثواب فيرجع بارشه (فان قيل) فيلزمه أن يتصدق به (قلنا) ليس هو بدلا عما وقع عليه العتق وانما هو عن الجزء الفائت هذا ذكره فى العتق المطلق وهو يأتى فى العتق المشروط وأما عتق القريب فقد تبين فيه أيضا *

﴿ فرع ﴾ يستثني من اطلاق المصنف ما إذا منع مانع من أخذ الأرش كمسألة الحلي كما تقدم عن الأكثرين فيما إذا كان تالفا خلافا للقاضى حسين وصاحب التهذيب *

﴿ فرع ﴾ استيلاد الجارية مانع من الرد وينتقل إلى الأرش كما فى الثلاثة التي ذكرها المصنف ورابعها تشترك فى عدم امكان النقل من شخص إلى شخص مطلقا لكن الاول للهلاك الحسى والعتق خارج عن الملك وغير قابل للنقل شرعا والمستولدة غير قابلة للنقل ولكنها مملوكة والموقوف على الخلاف فى انتقال الملك فهو بين العتق والاستيلاء (١) وأما مالا يمنع النقل من شخص إلى شخص مطلقا فاما أن يكون مع بقاء ملك المشترى أو مع زواله ان كان مع زواله وسيأتى

(١) بياض بالاصل فحرر

الصلاة المفروضة ممنوع منه والامامة فى التراويح وسائر النوافل وجهان (الاصح) المنع لأن الامام حصل لنفسه ومهما صلى اقتدى به من يريد وان لم ينو الامامة وأن توقف على نيته شيء فهو احراز لفضيلة الجماعة وهذه فائدة تحصل له دون المستأجر ومن جوزه ألحقه بالاستئجار للأذان ليتأدى

فى كلام للصنف ان شاء الله تعالى وان كان مع مقابلة فقد تقدم جملة منه عند الكلام فى العيب الحادث لان منها ماهو عيب *

* قال المصنف رحمه الله تعالى *

﴿ وان لم يعلم بالعيب حتى أبق العبد لم يطالب بالارش لانه لم ييأس من الرد فان رجع رده بالعيب وان هلك أخذ عنه الارش ﴾ *

﴿ الشرح ﴾ إذا أبق العبد فى يد المشترى ثم علم عيبه فان كان العيب القديم الذى علمه غير الاباق كالعرج والعور وغير ذلك ولم يكن قد أبق فى يد البائع فههنا الاباق فى يد المشترى عيب حادث مانع من الرد بالقديم وغير مضمون على البائع فله الرجوع بارش العيب القديم لانه أيس من الرد بحدوث العيب فى يده ولم تستدرك الظلامة فهذا لاخلاف فيه على المشهور ويجب تقييد كلام المصنف به وممن صرح به الشيخ أبو حامد والقاضى أبو الطيب والمحاملي وغيرهم وهوواضح وأغرب صاحب التتمة فقال الصحيح ليس له الارش لانه يرجى أن يعود الى يده ويعرض الرأى على البائع فى قبوله على العيب واستثني العجلى وابن الصباغ من قولنا بوجوب الارش ما إذا قال البائع انا أرضى به العيب الحادث فلا يكون للمشترى المطالبة بالارش وظاهر هذا يقتضى أنه يتعذر على المشترى حينئذ المطالبة الآن لانه يسقط الارش والرد غير ممكن فى حال الاباق فيصبر حتي يعود فيرد لكن فيما قاله العجلى هنا نظر والفرق بين طلب البائع (١) الرد هنا وفى غيره من المواضع ظاهر لما فيه من ضرر المشترى هنا وتأخر استدراك الظلامة مع قيام موجبها ورأيت فى الانتصار لابن أبى عصرون أنه ان رضى البائع برده فى اباقه سقط حق المشتري من الارش لتمكنه من الرد فهذا يقتضى انه يرد فى الاباق ويزول به الاعتراض على العجلى وابن الصباغ وان كان العيب الذى اطلع عليه هو الاباق ويزول مثل أن يكون أبق مرة أخري من يد البائع فذلك عيب قديم والاباق فى يد المشتري مسند اليه واذا كان الاباق عادة له لم ينقصه الاباق الحادث ولكن المشترى لايمكنه الرد مادام آبقا ولا يجوز له الرجوع بأرش العيب لأنه لم ييئس من رده (قال) القاضى أبو الطيب وغيره وهذا الموضع يدل على صحة هذا التعليل يعني أنه لو كانت العلة فى وجوب الأرش هو أنه لم يستدرك الظلامة كما قال أبو اسحاق لرجع بالأرش ههنا لأنه لم يستدرك الظلامة وهذا الالزام يدل على أن أبا اسحق يوافق على أنه لايرد

(١) بياض بالاصل فحرر

الشعار (ومنها) الاستئجار للقضاء ممتنع لأن المتصدي له قد تعلق بعدله أمر الناس عامة وأيضا فاعمال القاضي غير مضبوطة (ومنها) أطلقوا القول بمنع الاستئجار التدريس وعن الشيخ أبي بكر الطوسي ترديد جواب في الاستئجار لاعادة الدروس (قال) الامام لو عين شخصا أو جماعة ليعلمهم

ولا يرجع بالأرش مادام آبقا وكذلك قال المحاملي إنه لاخلاف فيه بين أصحابنا لكن صاحب التتمة حكى وجها مقابلا كما تقدم عنه أنه الصحيح عنده بأن له أخذ الارش وعلله بعدم استدراك الظلامة وأطلقه فيما اذا اطلع على عيب العبد بعد اباقه من غير تفصيل بين أن يكون العيب القديم أبق أوغيره وان وجد به عيبا قديما غير الاباق وقد كان أبق في يد البائع لم يكن له أن يرده مادام آبقا ولايرجع بالارش هكذا أطلق القاضي أبو الطيب وهو يشمل ما إذا كان المشتري قد رضي باباقه وهو صحيح فان الاباق الطارىء لايكون عيبا جديدا ولا يمنع من الرد بغيره واتفق الجميع على أنه إذا رجع رده بالعيب وان هلك في الاباق رجع على البائع بأرش العيب لايختلف المذهب في هذا إذا أبق في يد المشتري فان أبق في يد البائع أوضاع في انتهاب العسكر قبل القبض ففي وجه ضعيف أنه ينفسخ العقد كالتلف والصحيح أنه لاينفسخ لبقاء المالية لكنه عيب مثبت للخيار فيكون للمشتري الرد به واطلاق المصنف يقتضي أنه لايتمكن من الرد في مدة الاباق وقد تقدم من ابن الرفعة أن الاباق قبل القبض عذر في تأخير الرد وأنه لو أسقط حقه منه لاسقط على الصحيح وذلك يقتضي جواز الرد في مدة الاباق وهو صحيح فانه لم يدخل بعد في ضمان المشتري ولا ترد هذه المسألة على المصنف لانه انما تكلم فيما بعد القبض بدليل حكمه بوجوب الارش عند الهلاك قال الروياني فلو قال البائع للمشتري لاتفسخ فانا آتيك به ولا خيار له ولنرجع إلى الكلام في الابق بعد القبض (اعلم) أن الاصحاب أطلقوا ههنا أنه لايتمكن من الرد في مدة الاباق فان كان المراد أنه لايتمكن من الفسخ وهو الظاهر من كلامهم فما الدليل على ذلك مع وجود العيب وظاهر كلامهم الذي تقدم في الثوب أنه لايشترط حضور العين وأنه متمكن من التلفظ بالفسخ في غيبة المشتري والحاكم والشهود ولكن هل يجب عليه ذلك فيه خلاف وان كان يشترط العين للمطالبة بالثمن فلو ان المشتري هنا في مدة خيار الاباق تلفظ بالفسخ لم لاينفذ إذا تلفظ به وحاصله (فان قلت) هناك له فائدة إذا صدقه الخصم وههنا لافائدة فيه (قلت) فائدته خروجه عن ملكه ويبقى مضمونا عليه ضمان يد لاضمان عقد حتى اذا تلف يضمنه بقيمته ويسترد الثمن وقد يكون الثمن أكثر من القيمة فينبغي أن يتمكن من الفسخ أو أن يشهد عليه به وان يرفع ذلك إلى الحاكم حتى يثبته عنده ليطالب بالثمن عند عود العبد وان كان المراد ان الاباق عذر في التأخير لعدم امكان الرد صورة فلا عليه في أن يفسخ عند الحاكم أو

مسألة أو مسائل مضبوطة فهو جائز والذي أطلقوه فهو محمول على استئجار من يتصدى للتدريس من غير تعيين من يعلم وما يعلم لأنه كالجهاد في أنه اقامة مفروض على الكفاية ثابت على الشيوع وكذلك يمتنع استئجار مقرئ يقرئ على هذه الصورة (قال) ويحتمل أن يجوز الاستئجار له ويشبه

الشهود ويصير قبض الثمن موقوفا على عود العبد كما لم يجعلوا غيبة العين مع القدرة عليها عذرا فما الدليل على جعل الاباق عذرا والاقرب من حيث البحث أن يتمكن من الفسخ وان تأخر طلب الثمن وان كان ذلك بعيدا من عبارتهم فان قالوا لا تمكن للطالبة عند الحاكم بالثمن للقبوض إلا مع تسليم للعيب فعند غيبته تتعذر الدعوى لانها لاتبقى ملزمة فنقول فينبغى أن يشهد وأيضا فلو كانت العين غائبة فى بلد آخر أو عن مجلس الحكم ليس نوجب عليه المبادرة إلى الحاكم بالفسخ قبل أن يردها ومما تنبه عليه فى ذلك أن الاباق إذا تكرر فقد تنقص القيمة أكثر مما إذا صدر مرة واحدة فالعبد الذي أبق فى يد البائع مرة ثم أبق فى يد المشترى يجب أن يكون اباقه الثانى عيبا جديدا إذا كان منقصا من القيمة نقصانا أكثر من الاول فهلا كان مانعا من الرد (فان قيل) بأن الاباق الثانى سند إلى الاول أثبت له عادة (قلنا) يجب أن يخرج على أن العيب الحادث اذا أستند الى سبب قديم هل يكون من ضمان البائع أو من ضمان المشتري (فان قلنا) بالثانى يمتنع الرد هنا ويرجع بأرش الاول وقد فرض القاضى حسين ذلك فيما اذا كان الاباق فى يد المشترى لايزيد فى نقصان القيمة بأن كان قد تكرر ذلك منه فى يد البائع واشتهر به يعني فلا يؤثر تكرر اباقه بعد ذلك وهذا يجوز حمل كلام من أطلق عليه وفيه عدم ملاحظة كونه من آثار الاباق السابق لان ذلك لايتحقق (والاولى) تبقية كلام الاصحاب علي اطلاقه ومستندهم اسناد الثانى الى الاول وقلنا ماأسند إلى سبب قديم فهو من ضمان البائع *

(فرع) فى مذاهب العلماء فى هذه المسألة اذا اطلع بعد الاباق ان كان ابقا قال مالك يأخذ المشترى بالثمن ولا يصبره أن لايجده وقال سفيان الثورى لايقضى على البائع حتى يموت أو يرده وهذا كقولنا (١) واستدل أصحابنا بأنه لامطالبة له فى حالة الاباق فان الاباق متردد بين البقاء والتلف فان كان باقيا استحق الرد واسترجاع الثمن وان كان تالفا استحق أخذ الارش وما جهل استحقاقه لم تصح للطالبة به

* قال المصنف رحمه الله تعالى *

(فان لم يعلم بالعيب حتى باعه لم يجزله المطالبة بالارش قال أبو اسحق العلة فيه انه استدرك الظلامة فغبن كما غبن فزال عنه ضرر العيب وقال أكثر أصحابنا العلة فيه انه لم ييأس من الرد لانه قد يرجع اليه فيرد عليه) *

(١) بياض بالاصل فحرر

الأذان وللمنع وراء ماذكره مأخذ آخر وهو أن عمله غير مضبوط كما ذكرنا فى القاضى (وقوله) فى الكتاب وللامام أن يستأجر أهل الذمة للجهاد يجوز أن يعلم - بالواو - لوجه ذكره فى السير

﴿ الشرح ﴾ اذا زال ملكه عن المبيع زوالا يمكن عوده ثم علم بالعيب فلا خلاف انه لا يرد في الحال واما الرجوع بالارش فان زال بعوض كالبيع كما مثل المصنف فقولان (اشهرهما) وهو الذي قطع به المصنف في هذا الكتاب وشيخه أبو الطيب وشيخ شيخه ابو حامد والماوردي والمحاملي وابن الصباغ والجرجاني والشاشي وابن أبي عصرون من العراقيين والقاضي حسين والفوراني والبغوي من الخرسانيين انه ليس له المطالبة بالارش وبه قال جمهور العلماء وهو الذي نص الشافعي عليه في المختصر فقال ولو باعها أو بعضها ثم علم لم يكن له ان يرجع على البائع بشيء واختلف اصحابنا في علة هذا القول فقال ابو سحق وابن الحداد لانه استدرك الظلامة وروج كما روج عليه وتخلص منه ونسبه ابن الصباغ الى غيرهما أيضا وقال ابن أبي هريرة لانه ما أيس من الرد فربما يعود اليه ويتمكن من رده وهذا اصح المعنيين عند الشيخ ابي حامد والقاضي ابي الطيب والمحاملي قال الرافعي ورايته منصوصا عليه في اختلاف العراقيين (قلت) وهو كذلك في باب الاختلاف في العيب قال الشافعي اذا اشترى الجارية أو الثوب فباع نصفها ثم ظهر منها على عيب لم يكن له ان يرد النصف ولا يرجع على البائع بشيء من نقص العيب يقال له ردها أو احبس وانما يكون له ان يرجع بنقص العيب اذا ماتت اواعتقت فصارت لا ترد بحال اوحدث عنده بها عيب فصار ليس له ان يردها عليه بحال فاما اذا باعها او باع بعضها فقد يمكن ان يردها فيلزم ذلك البائع لم يكن له ان يردها ويرجع بنقص العيب كما لا يكون له أن يمسكها بيده ويرجع بنقص العيب انتهى وسيأتي من نصه في البويطي ما يشهد لقول أبي اسحق في المعنى الذي علل به واعترضوا على علة ابي اسحق بان غير البائع له لا يتخير بعيبه لغيره (القول الثاني) وهو من ترجيح ابن سريج له الارش وبه قال ابن الحسن وابن ابي ليلى وهو الاصح عند المالكية وهذا القول حكاه المصنف في التنبيه فقال وقيل يرجع وليس شيء وهذه التضعيفة تقتضي انه وجه فان عنده أن الاقوال المخرجة لا تنسب الى الشافعي وهذا مخرج خرجه ابن سريج والناقلون له قليل منهم الامام كما سنحكيه عنه والغزالي (١) وحكى ابن داود ان صاحب التقريب حكاه عن اصحابنا وقال الرافعي في رواية البويطي ما يقتضيه قال ابن الرفعة وهو صحيح اذ في مختصره اذا اشترى الرجل العبد فباع نصفه ثم أصاب عيبا فليس له ان يرجع بما نقص العيب الا ان يرده جميعا وقد قيل يخير البائع فاذا أراد ان يأخذ النصف الذي في يديه فيكون شريكا له به المشتري ممن

(١) بياض بالاصل فحرر

سينتهي اليه الشرح ان وفق الله تعالى (وقوله) ليحصل للمستأجر فائدة معرفة الوقت هذا التوجيه مبني على جواز الأخذ بقول المؤذن والاعتماد عليه ثم قضية الاكتفاء بحصول فائدة المستأجر دون ان تحصل له كل الفائدة ويلزم منه تجويز الاستئجار للامامة ليحصل للمستأجر فضيلة الجماعة (وقوله)

اشترى منه فذاك والارجع عليه بقيمة العيب وهو احب إلى انتهى (قلت) وقد رأيت النص المذكور في مختصر البويطي في باب المتاع يشترى فيوجد به العيب ورأيت فيه أيضا قبل ذلك في باب القراض وإذا اشترى الرجل سلعة وقبضها فاشرك فيها رجلا فإن أصاب بها عيبا فاراد أحدهما الرد ولم يرد الآخر لم يجب ذلك على البائع لأنه باع عبده مجموعا فليس له ان يبعضه عليه ويكون للشريك الرد على الذى أشركه فاذا رد عليه فله ان يرده وان أبي الشريك أن يرده فله أن يرجع على البائع بنصف قيمة العيب وقيل لايرجع بشيء انتهى وهذا النص يقتضى انه لايرجع عند بيع الجميع لانه حكم عند امتناع الشريك من الرد بنصف الأرش فانه لايرجع بشيء على القول الاخر فلو كان عند بيع الجميع ثبت له الارش كاملا لكان ههنا أولى فلما لم يحكم الابقدار مابقى في يده دل على أنه لاأرش للخارج عن يده وهذا النص ذكره ابن سرى مع نصه لذى في مختصر المزنى لاختلافهما فيما إذا باع بعض العين وتحصلنا للشافعى فيما إذا باع نصف العين على قولين (أحدهما) أنه يطالب بنصف الارش (والثانى) لايطالب بشيء وأما النص الآخر الذى تقدم عن البويطي ففيه قولان أيضا (أحدهما) أنه لايرجع بشيء كالقول الذى هنا (والثانى) فيه احتمال وهو قوله رجع عليه بقيمة العيب وهو أحب الى يحتمل أن يريد بقيمة العيب في النصف الباقى في يده فيكون موافقا للنص الآخر الذى في البويطي وحينئذ لايدل على أنه اذا باع الجميع يرجع بالارش بل يدل على أنه لايرجع ويؤيد هذا أنه إذا قال إذا أراد البائع أن يأخذه ويكون شريكا للمشترى فذلك وظاهر ذلك أنه يأخذه بنصف الثمن وأنه لايعطي أرشا عن النصف للبيع فهذان الأمران يدلان علي تأويل نصه في البويطي على هذا جمعا بين الكلامين فلا يكون فيه مايقتضى القول لذي خرجه ابن سريج كما للرافعى وابن الرفعة بل يكون فيه النص الآخر شاهدا على أحد القولين المذكورين فيه لما قاله أبو اسحق من التعليل باستدراك الظلامة ولهذا أوجب أرش النصف فقط ولو كان اليأس هو العلة لما وجب شيء لامكان الرد أو لوجب الجميع ان كان هذا الامكان غير معين لبعده على أن النص التي في البويطي في باب المتاع يسيرا فوجد به العيب هو منقول من اختلاف العراقيين والموجود فيه في الأم من قول الشافعى وأبى حنيفة إنه لايرجع بشيء ومن قول ابن أبى ليلى أنه يرد بباقى يده علي البائع بقدر ثمنه فان كان قوله في البويطي وقيل يجبر البائع المراد به قول

فيما يحمله فكل منفعة متقومة الى آخره قريب من قوله في أول الركن متقومة لانضمام عين اليها إلى آخره وهما في ظاهر الأمر كضابطين يتأدى بهما معني واحد لكن ينبغى أن يتنبه فيه لشيئين (أحدهما) أن التعرض للمتقوم مغن عن قوله يلحق العامل بها كلفة لأن مالا كلفة فيه لايتقوم

ابن أبي ليلى فلم يبق فى النص متمسك للتخريج ولا لاثباته قولا للشافعى ولا أعلم من عادة البويطى فعل مثل ذلك فى النقل عن العلماء الذين ينقل عنهم الشافعى أو أنه لابد من أن يصرح بأسمائهم وبالجملة فقد تقدم تأويله وثبوت الخلاف فى انتصف تحقق بالنص الثانى مع ما فى مختصر المزنى أما فى الكل فالمنصوص عليه أنه لايرجع بالارش وفيه الوجه المنقول عن ابن سريج وعن حكاية صاحب التقريب ولا أدري بماذا خرجه ابن سريج وقد رأيت فى البويطى ما يمكن أن يكون سندا للرافعي قبل باب الشركة قال من كلام الشافعى وان اشترى سلعة وبها عيب ثم حدث عنده عيب آخر لم يرد عليه أبدا ويرجع بقيمة العيب من قبل أنه لايقدر أن يرد مثل ما أخذ أبدا لما حدث عنده فان اشترى وبها عيب ثم حدث عنده عيب آخر ثم صح العيب الذى حدث عنده فله أن يرده وقال أبو يعقوب وهو البويطى ان باعه فكذلك يقتضى أن البيع كحدوث عيب فيأخذ الارش هذا ظاهره وهو يقتضى الوجه الذى خرجه ابن سريج كما قال الرافعى لكن هل ذلك من كلام البويطى نفسه أو عن الشافعى فيه نظر والظاهر الاول والامام حكاه عن حكاية صاحب التقريب قولا لكن فيما اذا رضى المشترى الثانى بالعيب وقال ان القياس الرجوع وقتضى كلامه اننا اذا قلنا بعدم الرجوع اذا رضى المشترى الثانى فقبل اطلاعه ورضاه أولى وان قلنا بالرجوع اذا رضى فقبل اطلاعه وجهان كما إذا زال بالهبة وأولى بعدم الرجوع لان رد المشترى الثانى بالعيب على المشتري الأول ممكن ظاهر الامكان يطرد على نظم المعاملة وإذا كان الرد أمكن كان الرجوع بالأرش أبعد والقياس عند الامام فيما إذا زال بالهبة أنه يرجع بالأرش ونسبه إلى مذهب طوائف من المحققين وبما ذكرناه ظهر لك أنه ينبغى أن يقال فى المسألة طريقان (أحدهما) القطع بعدم الرجوع بالأرش كما هو مقتضى النص وقول الأكثرين (والثانية) حكاية الخلاف ثم هو على الترتيب المتقدم وقد قال الغزالي إنه إذا اطلع على العيب بعد أخذ الشفيع فلا رد ولا أرش لأنه روج على غيره وذلك يقتضى أن نقول بمثله فى البيع كما قال الأكثرون والنص لكنه هنا خالف وقال ان الأصح وجوبه وما قاله فى الشفعة أولى لموافقته للاكثرين (فائدة) قال الغزالى والامام قبله ان الخلاف المذكور فى الرجوع بالأرش يقرب من القولين في أن شهود الزور إذا شهدوا على انسان بمال ورجعوا بعد الحكم هل يغرمون على قولين ولا خلاف لكنهم يغرمون فى العتق والطلاق

كما سبق (والثانى) انه وان أطلق لفظ المنفعة لكن المراد ههنا الاعمال التى يستأجر لها الاجراء والا لم ينتظم قوله يلحق العامل فيها كلفة أولا مجال لمفهومه فى منفعة لبس الثوب وسكون الدار وقد صرح بذلك فى الوسيط فقال كل عمل معلوم متاع يلحق العامل فيه كلفة الى آخره وكذلك

لأنه لا مستدرك لها والحيلولة فى المال ممكنة لزوال بأن يعترف المشهود له يعني وامتناع الرد هنا ممكن الزوال بعود الملك فيكون كالشهادة فى الأول والامام خرج بالبناء عليه والصحيح أن الشهود يغرمون ومقتضى ذلك أن الأصح وجوب الأرش كما صححه الغزالى هنا وقال الامام فى الصورة المتقدمة انه القياس لكن الأكثرون والنص وتصحيح الغزالى فى الشفعة على خلافه *

﴿ فرع ﴾ على تخريج ابن سريج إذا أخذ الأرش ثم رد عليه مشتريه بالعيب فهل يرده مع الأرش ويسترد الثمن فيه وجهان (فائدة) إذا عرفت ذلك فقول المصنف لم يجز له المطالبة بالأرش يشمل ما اطلع المشترى الثاني على العيب ورضى به وما إذا لم يطلع وهو الأظهر فى الصورتين الموافق لمقتضى النص وفى كل منهما الخلاف لكن بالترتيب على ما اقتضاه كلام الامام ففى الثانية أبعد لقرب الامكان وينبغى أن يقال فى الترتيب هكذا إنا ان عللنا باستدراك الظلامة فلا يرجع بالارش بعد بيعه إلا بأن يرد عليه وان عللنا باليأس واليأس الحقيقي لم يحصل فى الصورتين لكن حالة رضى المشترى الثانى قريبة من اليأس ليعود العود مع أنه عاد يعود بملك جديد يجرى فيها الخلاف وقبل الاطلاع ليس العود بعيداً ويتوقع على قرب ان يعود بالرد بالملك الاول فكان الخلاف فيها أقوى والقياس فى حالة رضي الثانى أو يرجع الاول بالارش لانه لا يلزم من تبرع الثانى سقوط حق الاول ومقتضى النص وقول الاكثرين عدم الرجوع فى الصورتين وأنا لا اقول بسقوط حق الاول ولكن يترقب عوده اليه فيرده أو فواته بالكلية فيأخذ الارش وقال الماوردى انه إذا رضى الثانى بالعيب استقر سقوط الارش ولو رد وهذا الذى قاله انما يتجه على قول أبى اسحق أو يؤول على أنه يستقر سقوطه مادام زائلا عنه وقد خرج من كلام المصنف ما اذا باعه بعد العلم بالعيب فانه يبطل حقه لان ذلك رضى بالعيب وأفهم آخر كلام المصنف أن فرض المسألة مادام المبيع زائلا عن ملك المشترى وهو باق فى ملك المشترى بحالة يمكن عوده فلو فقد شيء من هذه الامور فسيأتي فى كلام المصنف ان شاء الله تعالى وفهم من كلامه أيضا أن اطلاعه على العيب وسكوته عليه وهو فى ملك المشتري الثاني لا يبطل حقه حتى لو كان باعه بشرط الخيار وعلم بالعيب فى زمان الخيار فلم يفسخ حتى فسخ المشتري أو رده بالعيب له رده على الاول و بترك الفسخ لا يبطل حقه من الرد قاله صاحب التهذيب (قلت) وفيه نظر إذا كان فى زمان الخيار والخيار للبائع أو لهما فانه متمكن من الرد لاسيما إذا قلنا بأن الملك له *

حكاه الامام عن القاضى الحسين ثم هذا الضابط سواء كان ضابطا لمنفعة أو لمنافع ابدان الاجراء لا اختصاص له بهذا الموضع وذكره فى غير هذا الموضع أحسن *

(فرع) اشترى ثوبا فقطعه أو صبغه ثم باعه ثم علم بعيبه فلا يرجع بأرش العيب لانه استدرك الظلامة ولم ييئس من الرد لانه إن قبله البائع مع القطع أو الصبغ وأعطاه قيمته قاله القاضي أبو الطيب وغيره عن ابن سريج

* قال المصنف رحمه الله تعالى *

(فان رد المشتري الثاني بالعيب على المشتري الاول رده علي البائع لانه أمكنه الرد ولم يستدرك الظلامة) *

(الشرح) هذا لاخلاف فيه وهو معلل عند الاكثرين بالمعني الاول وعند أبي اسحق بالثاني واتفق الاصحاب انه لايلتفت الى زوال الملك وعوده ههنا وسببه ان الرد ينقض الجهة المتجددة ويرد الملك الذي كان ثابتا قبلها فليس ملكا جديدا اوسبب الاختلاف في الرد بعد زوال الملك وعوده في الصورة التي سنذكرها عن من يقول بالمأخذ المذكور انه يعتقد العائد ملكا جديدا وليس الرد كذلك وعن أبي حنيفة انه ان رده بقضاء القاضي ارتفع العقد من اصله وللمشتري الرد على الأول وان يرد بالتراضي ارتفع في الحال فلم يكن له الرد قال الفوراني وعندنا كيف ماكان يرتفع العقد من أصله (قلت) وهذه العبارة بظاهرها منكرة على الصحيح من المذهب ولكن بطريق الجواب ان يقال (وان قلنا) بان العقد يرتفع من حينه فالعائد هو الملك الاول المستفاد من ذلك الشراء لان الشراء الثاني انتقض والرد فسخ لاسبب جديد لملك آخر وقد خالفنا أبو حنيفة وقال اذا رده المشتري الثاني بالعيب لايرده الاول بعد القبض الا ان يرد بحكم الحاكم وذلك على ماتقدم من أصله وهو يجعل الرد بدون الحاكم كالاقالة *

(فرع) ليس للمشتري الثاني رده على البائع الاول لانه ماتلقى الملك عنه هكذا اطلق البغوى والرافعي وهو الصحيح وفيه وجه آخر انه اذا غاب البائع الثاني او مات وكان الثمن من جنس الثمن الاول ان له الرد علي البائع الاول لان مال الغائب راجع اليه ولو كان حاضرا ورد عليه فالظاهر من حاله انه يرد عليه أيضا حكاه صاحب التتمة وقال صحيح *

قال (وأما قوله معلومة فتفصيله في الآدمي والاراضي والدواب * (أما الآدمي) إذا استؤجر لصنعة عرف بالزمان أو بمحل العمل كما لو استأجر الخياط يوما أو لخياطة ثوب معين * ولو قال استأجرتك لتخيط هذا القميص في هذا اليوم فسد (و) لانه ربما يتم العمل قبل اليوم أو بعده * وفي تعليم القرآن يعلم بالسور أو بالزمان * وفي الارضاع يعين الصبي ومحل الارضاع * فان هذا مما يختلف الغرض به)*

• قال المصنف رحمه الله تعالى •

{ وان حدث عند الثانى عيب فرجع على الاول بالارش رجع هو على بائعه لانه أيس من الرد ولم يستدرك الظلامة } •

{ الشرح } جماعة من الاصحاب اطلقوا هكذا كما اطلقه المصنف انه اذا رجع المشترى الثانى على الاول بالارش رجع الاول على بائعه لانه أيس من الرد أى بحدوث العيب و بانه لم يستدرك الظلامة لاخذ الارش منه وممن جزم بذلك كما جزم المصنف الشيخ أبو حامد والقاضى أبو الطيب والمحاملى وقال ان ذلك على التعليلين معا واما الرافعى رحمه الله فانه قال على القول المشهور المخالف لتخريج ابن سريج انه اذا حدث عيب فى يد المشترى الثانى ثم ظهر عيب قديم ينظر ان قبله المشترى الاول مع العيب الحادث خير بائعه فان قبله فذاك والااخذ الارش منه وعن أبي الحسين وهو ابن القطان انه لايأخذه واسترداده رضى بالعيب وان لم يقبله وغرم الارش للثانى ففى رجوعه بالارش على بائعه وجهان (أحدهما) لايرجع به قال ابن الحداد وهو الذى قاله الفورانى والماوردي لانه لوقبله وما قبله منه بائعه وكان متبرعا بغرامة الارش (واظهرهما) يرجع لانه ربما لايقبله بائعه فيتضرر قال الشيخ ابو على ويمكن بناء الوجهين على ماسبق من المعنيين ان عللنا بعلة ابى اسحق واذا غرم الارش زال استدراك الظلامة فيرجع وان عللنا بعلة لا كثير بز وابن أبى هريرة فلا يرجع لأنه ربما يرتفع العيب الحادث فيعود اليه قال الشيخ أبو على وعلى الوجهين لايرجع مالم يغرم الثانى فانه ربما لايطالبه بشيء فيبقى مستدركا للظلامة هذا ماذكر الرافعى رحمه الله واصل الترتيب فى تعليقة القاضى حسين والتهذيب وقطع القاضى بموافقة ابن الحداد فى عدم الرجوع والبقية من زيادات الرافعى رضى الله عنه وأورد ابن الرفعة على بناء الشيخ ابى على انه لوكان كذلك لقال ابن الحداد بالثانى وهو قد قال بالاول فامتنع التخريج وقال الرافعى انه على قول ابن سريج الذى خرجه للمشتري الاول اخذ الارش من بائعه كما لولم يكن يحدث عيب ولايخفى الحكم بينه و بين المشترى الثانى انتهى (واقول) بعون الله تعالى ماذكره الرافعى والبغوى من الترتيب مبنى على ما تقدم عنهما فى ان الواجب عند حدوث العيب عرض الرأى على البائع فان قبله والاانتقل الى الارش فالحق لايثبت للمشترى فى الارش حتى يمتنع البائع من قبوله فلا جرم سلك هذا الترتيب هنا وحسن جريان الخلاف اذا لم يقبله وقول ابن الحداد بعدم

{ الشرط الخامس } كون المنفعة معلومة وقد اعتبر فى البيع العلم بثلاثة أمور من المبيع العين والقدر والصفة أما العين فلما لايجوز أن يقول بعتك احد هذين العبدين لايجوز أن يقول أجرتك احدهما بل اما أن يلتزم فى الذمة كما يلتزم بالسلم واما أن يؤجر عينا معينة ثم إن لم تكن

الرجوع وتعليله بأنه متبرع بغرامة الأرش ولا ينافى هذا قوله بأن العلة عدم استدراك الظلامة لأنه إذا جعله بغرامة الارش متبرعا كما صرح به الرافعى عنه فاستدراك الظلامة باق لا يرتفع بتبرعه * وأما القول بالرجوع المقابل لقول ابن الحداد فى جعله متبرعا وان وافقه فى أصل العلة وأما على القول بأن العلة فى الرجوع اليأس فان كان المراد اليأس من الرد على سبيل الالزام فان اليأس هنا غير موجود لما قاله الشيخ أبو على من امكان ارتفاع الحادث وعوده اليه فيمكن من رده بالالزام حينئذ وربما يعود اليه مع العيب الحادث ورضى البائع بقبوله فيتمكن المشترى من الرد على سبيل المراضاة وهو الذى وجب له ابتداء على رأى الرافعى فامكان الزام الرد موجود إن كان هذا الامكان معتبرا لاحتمال ارتفاع الحادث وعوده وامكان الرد بالتراضى موجود باحتمال عوده فلم جعل الرافعى هنا الاصح أنه يرجع بالارش وسكت عن قول الشيخ أبى على ثم قوله عن الشيخ أبى على إنه على الوجهين لا يرجع مالم يغرم للثانى هذا انما يظهر على التعليل باستدراك الظلامة أما إذا عللنا باليأس فليس لقرابته للثانى أثر فان امكان الرد بالتراضى لا ينقطع بها وامكان الرد بالالزام مع العيب الحادث ليس ممكنا قبلها وعلى تقدير ارتفاع العيب الحادث يمكن قبلها وبعدها فلا معنى لتقييد ذلك على اعتبار اليأس بالقرابة بل ينبغى ان كان له الرجوع رجع مطلقا وان لم يكن له الرجوع لم يرجع مطلقا وقد صحح أنه له الرجوع فليرجع وان لم يغرم على اعتبار اليأس وكلام الشيخ أبى حامد والقاضى أبى الطيب فى تعليقهما يقتضى باطلاقه أنه إذا حصل به نقص عند الثانى فللأول الرجوع بالارش على اعتبار اليأس وهذا مما يدل على أن الوجهين المذكورين عن ابن الحداد وغيره مفرعان على قولنا إن العلة استدراك الظلامة وعلى ذلك يصح قول الشيخ أبى على إنه على الوجهين لا يرجع مالم يغرم أى على هذين الوجهين المفرعين على الوجه الضعيف لكن الذى ذكره أولا من البناء مشكل وظاهر كلام الشيخ أبى على أن الصحيح عنده امتناع الرجوع إن كان يوافق الأكثرين على التعليل باليأس وهو مخالف لما قاله المصنف وغيره من العراقيين والذى قالوه هو الصحيح بناء على ماقدمته عن الاصحاب أن الواجب عند حدوث العيب هو الارش ابتداء فانه يقتضى وجوب الارش هنا مطلقا غرم أو لم يغرم وأما على ماتقدم عن الرافعى وصاحب التهذيب أن الواجب الرد إلا أن يمتنع البائع فينتقل إلى الارش فيظهر أنه لا يرجع مطلقا غرم أو لم يغرم حتى يحصل اليأس * وأعلم أن تعليل المصنف والاصحاب الذين ذكرتهم موافقين له فى هذه المسألة باليأس يبين لنا أن المراد اليأس عن الرد على سبيل الالزام وأن توقع زوال العيب الحادث غير معتبر *

﴿ فرع ﴾ هذا الذى ذكرناه كله مادام المبيع باقيا أما لو تلف بعد حدوث العيب أو دونه فاخذ الثانى الارش من الاول رجع الاول على بائعه بلا خلاف

لها إلا منفعة واحدة فالاجارة محمولة عليها وان كانت لها منافع لابد من البيان وأما الصفة فقد ذكرنا إن اجارة العين الغائبة على الخلاف فى بيعها وأما القدر فهو المقصود بالذكر (فاعلم) أن قدر المنفعة

☆ قال المصنف رحمه الله تعالى ☆

﴿ وان تلف في يد الثاني وقلنا بتعليل أبي اسحق لم يرجع لأنه استدرك الظلامة ☆ وان قلنا بتعليل غيره رجع بالارش لأنه قد أيس من الرد ﴾ ☆

(الشرح) إذا تلف في يد المشترى الثاني أو كان عبدا فاعتقه أو أمة فاستولدها أو وقف المبيع فقد حصل اليأس من الرد فيرجع على الاصح وعلى تعليل أبي اسحق لايرجع لأنه بالبيع استدرك الظلامة والتخريج على المعنيين المذكورين واضح وممن صرح بالمسألة كذلك الشيخ أبو حامد والقاضي أبو الطيب وصورة المسألة إذا تلف في يد الثاني من غير حدوث عيب أو مع حدوثه ولكن لم يغرم المشترى الاول الارش للمشترى الثاني اما لانه أبرأه من الارش أو لم يبرئه ولكن لم يغرم بعد وقد صرح الرافعي بالمسألتين الأخيرتين وقال إن عللنا باستدراك الظلامة فلا يرجع مالم يغرم وان عللنا باليأس يرجع أما اذا غرم الارش للمشترى الثاني فان المشترى الاول يرجع بالارش على بائعه بلا خلاف لوجود اليأس وعدم استدراك الظلامة صرح به القاضي حسين والرافعي ☆

☆ قال المصنف رحمه الله تعالى ☆

(واذ رجع المبيع اليه ببيع أو هبة أو ارث لم يرد على تعليل أبي اسحق لانه استدرك الظلامة وعلى تعليل غيره يرد لانه أمكنه الرد) ☆

(الشرح) طريقه العراقيين والجمهور البناء في هذه المسائل وأخواتها على المعنيين المذكورين كما بناه المصنف ومن جملة أمثلة ذلك أن يرجع اليه بالاقالة أو الوصية ويقتضى البناء المذكور أن الاصح أن له أن يرد وهو كذلك ولاجل ذلك جزم به في التنبيه ويزداد في حالة رجوعه بالبيع نظر آخر وهو أنه ان لم يكن علم في بالعيب قبل شرائه ثم علم به بعد الشراء الثاني فله الرد قطعا ولكن الخلاف فيمن يرد عليه فعلى قول أبي اسحق لايرد على الاول بل على الثاني فقط وعلى الاصح له الرد عليهما ان شاء رد على الاول وان شاء رد على الثاني واذا رد على الثاني فله رده عليه وحينئذ يرده هو على الاول وقيل لا يرده على الثاني لان فيه تطويلا بل يرد على الاول كذا حكاه وقيل لايرد على الاول بل يرد على الثاني لانه الاقرب والرد عليه ممكن بخلاف ماإذا رجع بالهبة ونحوها حكاه الامام وان كان المشترى الاول حين الشراء من الثاني عالما بالعيب لم يكن له أن يرد على الثاني ورده على الاول ينبني على المعنيين والصحيح الرد وقال القاضي حسين ليس له الرد لانه باقدامه على الشراء مع العلم بالعيب صار راضيا به وقد تقدم عنه ما يشبه ذلك والذى قاله هو قول القفال على مانقله الروياني وقال انه الصحيح

يشترط العلم به سواء كانت الاجارة في الذمة أو كانت اجارة عين بخلاف المبيع فان الشيء المعين اذا بيع تغني المشاهدة عن تحقيق القدر والفرق أن المنافع ليس لها حضور محقق وانما هي متعلقة بالاستقبال والمشاهدة لايطلع فيها على الغرض ثم المنافع تقدر بطريقتين تارة تقدر بالزمان كما إذا

وان سائر الاصحاب لم يفصلوا هذا التفصيل وأما الاقالة فقال القاضى أبو الطيب وابن الصباغ إنها تقبل الفسخ واختار الرويانى والرافعى بناءها على أنها بيع أو فسخ (فان قلنا) إنها بيع أو قلنا بما اختاره القاضى أبو الطيب من جواز فسخها احتمل أن يأتى فيها على الاوجه الثلاثة (وان قلنا) فسخ ولا يقبل الفسخ لم يتجه ذلك فيه وأما بقيه طرق العود من الهبة ونحوها فلا تأتى فيها هذه الاوجه بل تتخرج على المعنيين فقط ولا أظن يأتى فيها قول القاضى فى حالة العلم أيضا لعدم العوض وقد سلك الامام والغزالى فى بناء المسائل المذكورة غير الذى سلكه المصنف والجمهور فجعلا مأخذ الخلاف فى ذلك ان الزائل العائد بجهة أخرى هل هو كالذى لم يزل أو كالذى لم يعد وفيه جوابان مأخوذان كما يدل عليه كلام الشيخ أبى محمد فى السلسلة فى باب التفليس من قولين منصوصين للشافعى اذا قال لعبده إذا جاء رأس الشهر فأنت حر ثم باعه ثم اشتراه ثم جاء رأس الشهر ففى العتق قولان وهما يشبهان الخلاف أيضا فيما اذا علق طلاق زوجته بصفة ثم أبانها ثم جدد نكاحها ثم وجدت الصفة وهذا أصل تخرج عليه مسائل (منها) لو أفلس بالثمن وزال ملكه عن المبيع وعاد هل للبائع الفسخ (ومنها) لو وهب لولده وزال ملك الولد وعاد للاب الرجوع (ومنها) إذا زال ملك المرأة عن الصداق ثم عاد اليها وطلقها زوجها قبل الدخول (ومنها) فى هذا الباب اذا زال الثمن عن ملك البائع وعاد ثم رد المشترى المبيع بعيب فهل يتعين لحق المشترى فيه طريقان (احداهما) تخريجه على الخلاف (والثانية) القطع بانه كالذى لم يزل لانه ليس مقصوداً بالرد والصحيح من ذلك كله فى هذه المسائل أنه كالذى لم يزل إلا الهبة فالصحيح فيها انه كالذى لم يعد (واعلم) أن طريقة المصنف والجمهور فى البناء لا اشكال فيها وطريقة الامام المذكورة يحتاج فيها الى الفرق بين هذه الابواب ثم المسائل المذكورة اعنى فى عود المبيع بالبيع والهبة والارث والاقالة ليست على وتيرة واحدة فان الهبة والبيع ملك جديد قطعا والارث وان كان جديدا لكنه إذا جعلنا الوارث يبنى على حول الموروث كان ذلك هو الملك الاول والاقالة فسخ فالعائد بها هو الملك الاول وكان ينبغى ان لا يجرى الخلاف فيها لما لو رجع بالرد بالعيب وقد اعتذر بعضهم عن هذا بأنها وان كانت فسخا فهى تشبه بالتبع لاجل التراضى ولهذا يرد على طريقة القاضى أبى الطيب وهو اعتذار حسن ان سلم به ماقاله القاضى أبو الطيب وقد تقدم أن الرويانى اختار خلافه وبناها على أنها فسخ أو بيع وطريقة المصنف والجمهور سالمة عن الاعتراض أو تكون المسائل كلها فى درجة واحدة لا ترتيب فيها * نعم الاقالة لابد من الاعتذار المذكور فيها ليفرق بينها وبين الرد بالعيب عند الجميع ثم ان القاعدة المذكورة التى بنى الامام عليها لم يلاحظوها فى كل مكان ألا ترى أنه لو باع النصاب فى أثناء الحول ثم استرده بسبب جديد لم يقل أحد بأنه كالذى لم يزل حتى تجب الزكاة فى ذلك الحول وغير ذلك من المسائل فما الضابط

استأجر الدار ليسكنها سنة وتارة بمحل العمل كما إذا استأجر الخياط ليخيط له الثوب المعين أو الدابة ليركبها إلى موضع كذا ثم قد يتعين الطريق الاول كما فى استئجار العقارات فان منافعها

فى جريان الخلاف المذكور وما الداعى إلى أن يجعله كالذى لم يزل أو كالذى لم يعد ونحن نقطع بأنه زال وعاد فلا جرم كانت طريقة الجمهور أقوم وأدخل فى المعنى ويحتمل أن يكون البناء الذى ذكره الامام مختصا بالتفريق على اعتبار اليأس أى إن قلنا العلة استدراك الظلامة لم يردو إن قلنا العلة اليأس تبنى على الزائل العائد وعلى الجملة الصحيح جواز الرد وخالف الغزالى فى الخلاصة فجعل الصحيح المنع *

{ فرع } اعلم بأنا إذا قلنا الزائل العائد كالذى لم يعد كما صححه الغزالى لم يبق لنا بعد بيع المشترى الأول طريق يتوقع بها العود والرد الا أن يرد المشترى الثانى فان فرض اطلاعه على ذلك العيب ورضاه انسد طريق الرد وحينئذ يتعين وجوب الأرش عند القائلين باعتبار اليأس كما قال الغزالى لكنه عمم مع رضى الثانى ودونه وكلا الأمرين ضعيف لانا نمنع أن الزائل العائد كالذى لم يعد وأما الماوردى رحمه الله فانه قال اذا رضى البائع بالعيب يستقر سقوط الأرش والرد وهذا إنما يستقيم على قول أبي اسحق أما على الصحيح فلا يستقيم سقوط الرد وعلى رأى الامام والغزالى لايستقيم سقوط الأرش وقد ذكرت ذلك عن الماوردى فيما مضى وذكرت له تأويلا *

* قال المصنف رحمه الله تعالى *

{ فان لم يعلم بالعيب حتى وهبه من غيره فان كان بعوض فهو كالبيع وقد بيناه } *

(الشرح) هذا بين لااشكال فيه إلا أن الهبة بعوض بيع وحينئذ تأتى فيها الاقسام والاحكام المذكورة كلها وقول المصنف وهبه من غيره قال النووى رحمه الله فى تهذيب اللغات وأما قول الغزالى وغيره فى كتب الفقه وهبت من فلان كذا فهو مما ينكر على الفقهاء لادخالهم لفظة من وانما الجيد وهبت زيدا مالا ووهبت له مالا* قال وجوابه ان ادخال من هنا صحيح وهى زيادة وزيادتها فى الواجب جائزة عند الكوفيين من النحويين وعند الاخفش من البصريين وقد روينا أحاديث منها وهبت منه كذا *

* قال المصنف رحمه الله تعالى *

(وان وهبه بغير عوض لم يرجع بالارش لانه لم ييأس من الرد) *

{ الشرح } هذا هو الصحيح تفريعا على أن المعتبر اليأس أما إذا عللنا باستدراك الظلامة فيرجع بالارش لانه لم يستدرك ومنهم من حكى القطع هنا بعدم الرجوع إذا أريد به أن العلة هى اليأس لاستدراك الظلامة وهذه الطريقة هى التى يشعر بها ايراد المصنف ويبين ذلك أن القاضى أبا الطيب جزم بعدم الرجوع وعلله بعدم اليأس كما فعل المصنف ثم قال والتعليل الذى ذكره أبو اسحق وهو

لاتنضبط إلا بالمدة وكالارضاع فان تقدير اللبن لايمكن ولا سبيل فيه إلا الضبط بالزمان وقد يسوغ الطريقان كما إذا استأجر عين شخص أو دابة يمكنه أن يقول ليعمل لى كذا شهرا وأن يقول

استدراك الظلامة غير موجود ههنا وإذا كان كذلك دل على أن هذا التعليل هو الصحيح دون ماقاله أبو اسحق وكذلك الشيخ أبو حامد قال قوم من هذا الكلام والرويانى صرح فى البحر بان أبا اسحق وافقنا على عدم الأرش هنا واستدل بذلك على بطلان علته لكن المحاملى صرح بانه على تعليل ابى اسحق له الارش لانه لم يستدرك الظلامة والماوردى أيضا صرح بالوجهين على مقتضى التعليلين وحكى الرويانى ذلك عن بعض الاصحاب وهذه الطريقة أقوم إلا أن يكون أبو اسحق صرح النقل عنه بذلك فيلزمه وهاتان الطريقتان على القول المشهور إنه إذا باع لايرجع بالارش أما على ماخرجه ابن سريج من انه يرجع فيرجع ههنا أيضا كذلك صرح به الرافعى (تنبيه) الهبة قد يسمى فيها عوض ولا شك أن حكمها حكم البيع كما تقدم والهبة التى لايسمى فيها عوض لنا فى اقتضائها الثواب قولان (فان قلنا) لاتقتضى الثواب اتجه ماقاله المصنف والتفريع المذكور من الاصحاب (وإن قلنا) تقتضى الثواب فهى بمنزلة البيع كذلك قاله القاضى أبو الطيب والمحاملى والماوردى خرجوا ذلك على الخلاف المذكور ولم يقولوا كما قال المصنف اما ان تكون بعوض أولا والشيخ أبو حامد فعل كما فعله المصنف فلك فى كلام المصنف طريقان اما أن تقول انا اذا قلنا باقتضاء الهبة المطلقة الثواب صارت بعوض فدخلت فى قوله الاول ان الهبة بعوض ولم تدخل فى قوله ههنا بغير عوض واما أن تقول ان قوله ههنا مفرع على المذهب فى عدم اقتضاء الهبة الثواب *

{ فرع } قال صاحب التهذيب قال بعض أصحابنا لوكان وهبه من ابنه فلا يرجع لانه يمكنه ان يرجع فى الهبة ثم يرد كما لولم يخرج عن ملكه قال والصحيح انه خارج عن ملكه (قلت) يعنى ان بعض اصحابنا اشار الى انه لايرجع بالارش قولا واحدا ولايخرج على المعنيين والصحيح انه يخرج عليهما فلا يرجع على الصحيح ويرجع على قول ابى اسحق وسنزيد لك ان للقطع فى هذه المسألة مأخذا آخر ويصلح ذلك ان يكون جوابا لابى أسحق عن اعتراض الاصحاب عائد بهذه المسألة لكن فى صورة واحدة *

* قال المصنف رحمه الله تعالى *

{ فان رجع اليه ببيع أوهبة أوارث فله الرد بلا خلاف لانه أمكنه الرد ولم يستدرك الظلامة }*

{ الشرح } اذا وهبه بلا عوض ثم رجع اليه فالمصنف قد تبع القاضى أبا الطيب فيما قاله جميعه من التمثيل وبقى الخلاف والتعليل والشيخ أبو حامد قال ان رجع اليه بان يكون قد وهبه لابنه ورجع فيه كان له الرد والامام حكى فيما اذا عاد بالهبة أوبجهة لارد فيها وجهين (أحدهما) له الرد لانه يرد ما ملك كما ملك (والثانى) لا لان الرد نقض للملك المستفاد من جهة وهذان الوجهان مأخذهما ماتقدم عنه من البناء على الدليل العائد والعراقيون والجمهور لم يلاحظوه كما تقدم واطلق الرافعى الوجهين فيما اذا عاد

ليخيط هذا الثوب وفى الدابة أن يقول لأتردد عليها فى حوائجى اليوم أو يقول لاركبها الى موضع كذا فايهما كان كفى لتعريف المقدار فان جمع بينهما بأن قال استأجرتك لتخيط لى هذا القميص

لابعوض وبناهما على انه هل يأخذ الارش اذ لم يعد (ان قلنا) لا فله الرد لان ذلك لتوقع العود (وان قلنا) يأخذ فينحصر الحق فيه أو يعود الى الرد عند القدرة فيه وجهان (قلت) والقول بانحصار حقه فيه بعيد ومع بعده انما يمكن القول به اذا كان قد علم بالعيب اما اذا لم يعلم حتى عاد فيصير كما لو لم يعلم بالعيب الحادث حتى زال القديم وحكمه الرد الا على وجه شاذ وههنا اولى بان لايجرى ذلك الوجه واما اذا عاد بعوض كالشراء قال الرافعى (فان قلنا) لارد فى الحالة الاولى فكذلك ههنا ويرد على البائع الأخير (وان قلنا) يرد فههنا يرد على الاول والأخير اويتخير فيه ثلاثة اوجه خارجة مما سبق (قلت) وهذا البناء والترتيب جيد والصحيح ان له الرد كما قال المصنف لكن مع حكاية الخلاف فى المسائل الثلاث التى ذكرها وفى معناها الوصية والاقالة كما تقدم واما اذا عاد بالرجوع فى هبة الوالد لولده فلم ارها مصرحا بها الا فى كلام الشيخ ابى حامد ويحتمل ان يقال انه لايجرى الخلاف فيها لان الرجوع فى الهبة بقبض لها كالرد بالعيب والعائد هو الملك فلا يتأتى تخريجه على الزائل العائد كالم يخرج عليه عند رجوعه بالرد بالعيب ويكون ههنا له الرد قولا واحدا ويحتمل ان يجرى فيها الخلاف ايضا كما يقتضيه اطلاق الامام والرافعى اخذا مما ذكره الرافعى من انحصار حقه فيه وقد تقدم التنبيه على ضعفه (١) على بعضهم كلام المصنف هنا فظن ان الرجوع بعد البيع واعترض عليه قولا وتعليلا ولاحاجة الى نقل كلامه وانما ذكرته لئلا يشتبه على غيره كما اشتبه عليه والرجوع بعد البيع ذكره المصنف فيما تقدم وقد تكمل شرح مسائل الكتاب وبقيت فروع نذكرها ان شاء الله تعالى *

(١) بياض بالاصل فحرر

﴿ فرع ﴾ باع زيد عمرا شيأ ثم اشتراه منه وظهر فيه عيب كان فى يد زيد فان كانا عالمين بالحال فلارد وان كان زيد عالما فلا رد له ولا ارش واما عمرو فلا رد له ايضا لزوال ملكه ولا ارش له على الصحيح المخالف لتخريج ابن سريج لاستدراك الظلامة ولتوقع العود فان تلف فى يد زيد أخذ الارش على التعليل الثانى دون الاول وهكذا الحكم لو باعه زيد لغيره وان كان عمرو عالما فلارد له ولزيد الرد وان كانا جاهلين فلزيد الرد ان كان اشتراه بغير جنس ماباعه أو بأكثر منه ثم لعمرو ان يرد عليه وان اشتراه بمثله فلا رد لزيد فى أحد الوجهين لأن عمرا يرد عليه فلا فائدة وله الرد فى أصحهما لانه ربما يرضى به فلا يرد فلو تلف فى يد زيد ثم عرف به عيبا قديما بحيث يرد لو بقى يرجع بالارش وحيث لايرجع وعلى هذين الوجهين لو اشترى شيئا وباعه من غيره ثم اشتراه ثانيا واطلع على عيب قديم ولم يكن اطلع البائع الثانى عليه فعلى أى البائعين يرد على الوجهين (أحدهما) على الاول لأنه لافائدة فى الرد على الثانى ورده (والثانى) على الثانى لانه ربما يرضى به وربما يكون بين الثمنين تفاوت قاله المتولى وغيره وعن أبى الطيب فى شرح الفروع حكاية وجه أنه لايرد بالعيب أصلا لانه لو رده لرده عليه ولا

اليوم ففيه وجهان (أصحهما) وهو المذكور فى الكتاب وبه قال أبو حنيفة انه لايجوز لان فى إضافة الزمان الى العمل غرراً لاحاجة الى احتماله لجواز انتهاء العمل قبل انتهاء اليوم وبالعكس

يكون

يكون له معنى هكذا قاله صاحب العدة وفيه نظر بل هذا تعليل من يقول لايرد على الثانى وأما الرد على الاول فمأمون منه الرد فليتأمل ذلك وفى المسألة الأولى لو حدث به عيب فى يد زيد فرجع بالارش على عمرو كان لعمرو أيضا ان يرجع بالارش عليه والفائدة فيه أنه قد يكون أحد الثمنين أكثر من الآخر فيستفيد (١) مابين الثمنين وفى باب الارش كذلك لانه بحصته من الثمن يرجع قاله الشيخ أبو حامد *ولو اشترى شيئا وباعه من غيره وغاب البائع الثانى أو مات ثم وجد المشترى الثانى عيبا كان فى يد البائع الاول فان كان الثمن لامن جنس الثمن الاول فليس له الرد وكذا ان كان من جنسه على المذهب وفيه وجه قاله صاحب التتمة

(فرع) لو تلف فى يد الموهوب له فللمشترى الواهب الرجوع بالارش قولا واحدا قاله القاضى حسين

(فرع) هذه الأحكام المتقدمة فى كلام المصنف فيما إذا خرج المبيع كله عن ملك المشترى أما إذا خرج بعضه وقد تقدم أن الشافعى فى مختصر المزنى ساوى بينه وبين خروج الكل وان فى مختصر البويطى قولين فى بيع نصف العين لواحد (أحدهما) يرجع بنصف الأرش للباقي فى يده (والثانى) لايرجع بشيء ويجيء فيه القول الذى خرجه ابن سريج أنه يرجع بجميع الأرش والأول أصح عند صاحب التهذيب وشبهه بحدوث العيب فى يده لاينتظر زواله وظاهر نصه فى المختصر وكلام كثير من الأصحاب يشهد للثانى وهو الصحيح الذى صرح به كثيرون وهو يقتضي التعليل باليأس (وأما) على التعليل باستدراك الظلامة فينبغي أن يرجع بأرش النصف الباقي فى يده (وأما) الوجه الثالث فضعيف فى الأصل وهو هنا أضعف وهذا كله على المشهور الذى قطع به الأكثرون أنه لايرد النصف الذى فى يده وقد تقدم عن الماوردي فى ذاك خلاف ضعيف فيتحصل فى هذا الفرع بذلك أربعة أوجه (واذا قلنا) يرد النصف على ماذكره الماوردي يعود الخلاف فى النصف الخارج عن ملكه هل يأخذ أرشه على قول ابن سريج أو على المذهب ولو باع نصف مااشتراه من البائع فكذلك ليس له الرد عليه واذا كان نقصان الشركة يرتفع بالرد لان وقت الرد يرده على الوجه الذى يملك به (قال) صاحب التتمة وقال صاحب التهذيب انه الصحيح ونظره صاحب التتمة بالجارية إذا زوجها من البائع وقد تقدم ذلك وهل له أخذ الارش للنصف الباقى على القولين فيما لو باع نصفه من غير بائعه ولو ان مشترى النصف أعتقه ثم ظهر عيب قديم رجع المشترى الاول على بائعه بأرش النصف الذى

(١) بياض بالاصل

وهذا كما إذا أسلم فى قفيز حنطة بشرط أن يكون وزنه كذا لايصح لاحتمال ان يزيد أو ينقص فيتعذر التسليم (والثاني) يجوز والمدة مذكورة للتعجيل فلا تؤثر فى فساد العقد وعلى هذا فوجهان (أصحهما) أنه يستحق الأجرة بأسرعهما اتماما فان تم العمل قبل اتمام اليوم وجبت الاجرة وان

فى يده موبيزا كان للعتق أو معسرا لانه يقوم على المعتق عند الشراء به ناقصا والنصف الذى باعه ان وجع مشتريه عليه بأرشه رجع هو أيضا على بائعه وإلا فوجهان قاله فى التهذيب يعنى على علة أبى اسحق لايرجع وعلى المذهب يرجع ولو قاسم المشترى فقد تقدم ذلك عند الكلام فيما إذا اشترى اثنان عينا عن القاضي حسين والذي قاله صاحب التتمة هنا انه (ان قلنا) القسمة افراز فله الرد (وان قلنا) بيع فلا قال لانه ان أراد الرد فسخ قسمه فيرد عليه غير ملكه وان أراد فسخ القسمة ثم يرد لم يجز لانه تملك للمعيب مع العلم بالعيب (قلت) وهذا نظير قول القاضي حسين هناك والمفهوم من كلام الاصحاب ان ذلك غير مانع لان له الرد إذا رجع اليه بعد العيب والهبة وان كان بطريقته هو راض بها وهو الاصح هذا اذا كانت العين واحدة باع بعضها فلو اشتري عيبين فباع أحدهما ووجد بها العيب أو بالباقية وقلنا لايجوز افراد أحد العينين بالرد جزم جماعة منهم الشيخ أبو حامد بأنه ليس له الرد أيضا ولا أرش لعدم اليأس وينبغى على علة أبي اسحق أن يرجع من الارش بقدر مايخص الباقى وهومقتضى تفريع الماوردى فان تلفت العين فى يد المشترى الثانى ففى رد الباقى فى يده القولان فى نظيره إذا كان التلف فى يده وان العيب الذى باعه فقط لم يرجع بالارش لاستدراك الظلامة والتوقع *

﴿ فرع ﴾ لو لم يخرج المبيع عن الملك ولكن تعلق به حق كرهن أو كتابة أو غير ذلك فقد تقدم حكمه وجملة من مسائله فيما إذا حصل فى المبيع نقص *

﴿ فرع ﴾ لو كان المبيع باقيا بحاله فى يد المشترى وملكه والثمن تالف جاز الرد إذا اطلع على عيب فى المبيع ويأخذ مثل الثمن ان كان مثليا وقيمته إن كان متقوما أقل ما كانت من يوم البيع إلى يوم القبض لأنها ان كانت يوم العقد أقل فالزائد حدث فى ملك البائع وإن كانت يوم القبض أقل فالنقصان من ضمان المشتري (قال) الرافعى ويشبه أن يجيء فيه الخلاف المذكور فى اعتبار الأرش (قلت) وصرح البغوى والرافعى هنا بأنه من يوم العقد إلى يوم القبض كعبارة النووى فى المنهاج هناك وقد تقدم التنبيه على أن عبارة غيره بخلافها فاما أن تكونا سواء كما قال النووى واما أن يفرق ويجوز الاستبدال عنه بالعرض وخروجه عن ملكه بالبيع ونحوها كالتلف ولو خرج وعاد فهل يتعين لأحد للمشترى أو البائع ابدا له قال الرافعى فيه وجهان (أصحهما) أولهما وقال الامام منهم من

تقضى اليوم قبله وجب اتمامه وبالأول أفتى القفال وذكر أنه ان انقضى النهار أولا لم يلزمه خياطة الباقى وان تم العمل أولا فللمستأجر ان يأتى بمثل ذلك القميص ليخيط بقية النهار فان قال فى الاجارة على أنك ان فرغت قبل تمام اليوم لم تخط غيره بطلت الاجارة لان زمان العمل يصير

خرج استرداده على الوجهين يعني في الزائل العائد ومنهم من قطع بأنه يسترد والفارق عند هذا القائل أن المسترد ليس مقصودا فلا يشترط فيه ماشرط في الردود والمقصود (قلت) وهذا كله في الثمن المعين في العقد واذا كان باقيا أخذه بلا خلاف وأما إذا كان في الذمة ونقده في تعيينه لأخذ المشترى وجهان لم يصحح الرافعي منهما شيئا وذكر في الرجوع بالأرش في نظيرها مايقتضي أن الأصح التعين وقد تعرضت له هناك ولم يفرقوا ههنا بين أن يكون التعين في المجلس أو في غيره وقد يقال ان المعين في المجلس أولى بالتعيين من المقبوض بعده لأن المعين في المجلس كالمعين في العقد على الأصح المذكور في السلم وكيف ما كان فالأصح التعين لأنه يرد المبيع فيرتفع ملك البائع عن الثمن فلا وجه لتجويز ابداله هذا إذا كان الثمن نقدا أو موصوفا فعيبه إماإذا أخذ عنه عرضا كثوب ونحوه فسيأتي ولو أبرأ البائع المشتري من بعض الثمن ثم رد المبيع بعيب فان كان الابراء بعد التفرق رجع بتمام الثمن (قال) الروياني وفيه قول يرجع بما أدى كالزوجة إذا أبرأت من الصداق قبل الطلاق وان كان الابراء قبل التفرق فذلك لاحق بالبيع على المذهب فلا يرجع إلا بما بقي ولو أبرأه من جميع الثمن جزم القاضي حسين بجواز الرد للتخلص عند حفظ المبيع وقياس من يقول يرجع بتمام الثمن عند الابراء عن البعض أن يقول يرجع بالثمن هنا ولو وهب البائع المشترى الثمن فقيل يمتنع الرد بالعيب وقيل يرد ولا يطالب ببدل الثمن وان كان الثمن باقيا في يد البائع لكن ناقصا نظر إن تلف بعضه أخذ الباقي وبدل التالف وان رجع النقصان إلى الصفة كالشلل ونحوه لم يغرم الأرش في أصح الوجهين كما لو زاد زيادة متصلة يأخذها مجانا هكذا قال البغوي والرافعي وقد قدمت المسألة في فرع فيما إذا رد المبيع وهو ناقص والمنقول فيه عن ابن سريج أنه يتخير بين أخذه ناقصا وقيمته وعن غيره الرجوع بالأرش واطلاق الرافعي هنا ليس على ظاهره بل يجب تأويله على أنه لايغرم الأرش ويتخير البائع كما يقول ابن سريج وقد نقل النووي هذا الفرع عن القفال والصيدلاني مع كلام الرافعي *

(فرع) الثمن المعين إذا خرج معيبا يرد بالعيب كالمبيع وان لم يكن معينا وكان في عقد لايشترط فيه التقابض في المجلس يستبدل ولا يفسخ العقد قال المتولي والرافعي سواء أخرج معيبا بخشونة أو سواد أو ظهر أن سكته مخالفة لسكة النقد الذي تناوله العقد أو خرج نحاسا أو رصاصا

مجهولا إذا عرفت ذلك فالمنافع متعلقة بالاعيان وتابعة لها وتحدد آحاد الأعيان التي تستأجر كالمتعذر فنبى الأصحاب بثلاثة أنواع تكثر البلوى باجارتها ليعرف طريق الضبط فيها ثم يقاس بها غيرها (أحدها) لآدمي يستأجر لعمل او صناعة كالخياطة فان كانت الاجارة في الذمة قال لزمت ذمتك

(قلت) وهذا فى غير المعين صحيح وأما المعين اذا خرج نحاسا أو رصاصا وكان قد اشترى به على أنه دراهم فانه يبطل العقد على الاصح كما تقدم فى باب الربا وسيأتى ان شاء الله تعالى في كلام المصنف فى الفصل الذى بعد هذا بفصل وقد تقدم فى باب الربا جملة من أحكام العيب فى عوض الصرف *

(فرع) باع عبدا بألف وأخذ بالالف ثوبا ثم وجد المشترى بالعبد عيبا ورده فعن القاضى أبى الطيب أنه يرجع بالثوب لانه انما ملكه بالثمن واذا فسخ البيع سقط الثمن عن ذمة المشتري فينفسخ بيع الثوب به وقال الا كثرون منهم الماوردى يرجع بالالف لان الثوب مملوك بعقد آخر وفى المجرد من تعليق أبى حامد أن الشافعى قاله نصا ولو ظهر العيب بالثوب رد ورجع بالالف لا بالعبد ولو مات العبد قبل القبض وانفسخ البيع فعن ابن سريج أنه يرجع بالالف دون الثوب لان الانفساخ بالتلف يقطع العقد ويرفعه من أصله وهو الاصح وفيه وجه آخر *

(فرع) اختلفا فى الثمن بعد رد المبيع فعن ابن أبى هريرة قال أعيتنى هذه المسألة والاولى أن يتخالفا وتبقى السلعة فى يد المشترى وله الارش على البائع من القدر المتفق عليه (قال) أبو اسحق وحكى أبو محمد الفارسى عن أبى اسحق أن القول قول البائع لانه الغارم كما لو اختلفا فى الثمن بعد الاقالة (قال) الرافعى وهذا هو الصحيح *

(فرع) لو احتيج إلى الرجوع بالارش فاختلفا فى الثمن فمن رواية القاضى ابن كج فيه قولين الأظهر ان القول قول البائع قاله الرافعى *

(فرع) من زيادات النووى فى الروضة اشترى سلعة بألف فى الذمة فقضاه عنه أجنبي متبرعا فرد السلعة بعيب لزم البائع رد الالف وعلى من يرد وجهان (أحدهما) على الاجنبي لانه الدافع (والثانى) علي المشترى لانه تقدر دخوله في ملكه فاذا رجع المبيع رد اليه ماقابله وبهذا الوجه قطع صاحب المعاياة ذكره في باب الرهن (قلت) وذكر الرويانى فى البحر الوجهين (وقال) ان الاصح الثانى قالا ولو خرجت السلعة مستحقة رد الالف على الاجنبى قطعا لانه تبين أن لاثمن ولا بيع (١) إذا لم يعلم بالعيب حتى وجبت فيه الزكاة فعن ابن الحداد له الرد وعن ابى على لا لنقصانه بالشركة على قول أو الرهن على قول وأما بعد اخراج الزكاة فان أخرجها من غيره وقلنا التعليق بالذمة فله الرد وان قلنا بالشركة فقيل كالرجوع بعد البيع وقيل بالرد قطعا لعدم استدراك الظلامة

(١) بياض بالاصل

خياطة هذا الثوب ولو أطلق وقال ألزمت ذمتك عمل الخياطة كذا يوما قال القاضى أبو الطيب لايصح وبه أجاب صاحب التتمة توجيها بانه لم يعين عاملا يخيط ولا محلا للخياطة فلا ترتفع الجهالة

واذا خرج من الحال ولم نجوز تفريق الصفقة امتنع الرد ووجب الارش عند من يعتبر اليأس وهو الاصح وان جوزنا التفريق رد بقسطه وقيل يرد الباقي وقيمة التالف ولو اشترى عبدين فى صفقتين أحدهما بعشرة والآخر بخمسة ثم رد أحدهما بعيب ثم اختلفا فقال المشتري رددت الذى بعشرة فالقول قول البائع لان الاصل براءة الذمة ولو اشترى ثوبا من رجل ثم ثوبا من آخر ووجد باحدهما عيبا ولم يدر أن المعيب من أيهما اشتراه فلا رد له على واحد منهما قالهما القاضي حسين فى الفتاوى *

﴿ فرع ﴾ اتفق الشافعى وأكثر العلماء على أن للمشترى إذا رد المبيع بعيب وكان الثمن باقيا انه يأخذه وإذا كان تالفا أخذ قيمة الثمن على ما تقدم لافرق بين الحيوان والعروض وغيرهما وقال ابن أبي ليلي إذا اشتري جارية بعبد ثم وجد بالجارية عيبا فردها فان ماله قيمة الجارية ولا يأخذ العبد وكذلك نقلوه عنه فى الجارية بالجارية ولا أدرى أيطرد فى بقية الحيوان والعروض أم لا *

* قال المصنف رحمه الله تعالى *

﴿ والعيب الذى يرد به المبيع مايعده الناس عيبا فان خفى منه شيء رجع فيه إلى أهل الخبرة بذلك الجنس ﴾*

﴿ الشرح ﴾ لما تقدمت أحكام العيب احتاج الى تعريفه فعقد هذا الفصل لذلك وبيان ماهو عيب وما ليس بعيب ولما كانت الأمثلة لاتنحصر قدم عليها الضابط فيها وما ذكره من الضابط سديد فان المدرك فى ذلك العرف ولولا ذلك واقتضى العرف سلامة المبيع حتي جعل ذلك كالمشروط لما ثبت الرد فلذلك جعل ضابطه راجعا إلى العرف فما عده الناس وأهل العرف عيبا كان عيبا ومالا فلا ولكن الاحالة على العرف قد يقع فيها فى بعض الأوقات الناس فلأجل ذلك ضبطه غير المصنف بضابط أبين وأحسن شيء فيه ما أشار له الامام رحمه الله ولخصه الرافعى أن يقال مثبت الرد بكل مافى المعقود عليه من منقص القيمة أو العين نقصا مايفوت به غرض صحيح بشرط أن يكون فى أمثال ذلك المبيع عدمه وأخصر من ذلك أن يقال مانقص القيمة او العين نقصانا يفوت به غرض صحيح ويغلب على أمثاله عدمه وبعضهم قال مانقص القيمة أو العين من الخلقة

وان استأجر عينه قال استأجرتك لتخيط لى يوما أو شهرا نقل اكثرهم جوازه ايضا ويجب أن يبين الثوب ومايريد منه من القميص أو القباء أو السراويل والطول والعرض وأن يبين نوع الخياطة أهي رومية أو فارسية الاأن تطرد العادة بنوع فيحمل المطلق عليه ومن هذا النوع الاستئجار لتعليم القرآن

التامة قال الرافعى فانما اعتبرنا نقصان العين بمسألة الخصى يعني فانه يرد به وان لم ينقص القيمة لـكنه نقص العين وانما لم يكتف بنقص العين واشترط فوات غرض صحيح لأنه لو قطع من فخذه أو ساقه قطعة يسيره لاتورث شينا ولا يفوت غرض لايثبت الرد قال ولهذا قال صاحب التقريب ان قطع من اذن الشاة مايمنع التضحية ثبت الرد والا فلا وفيه احتراز أيضا عما إذا وجد العبد والجارية مختونين فانه فات جزء من أصل الخلقه لـكن فواته مقصود دون بقائه فلا رد به إذا كان قد اندمل وانما اشترط أن يكون الغالب على أمثاله عدمه لأن البقاء به مثلا فى الاماء ينقص القيمة لـكن لارد بها لأنه ليس الغالب فيهن عدم الثيابة إذا كانت الامة كبيرة فى سن لايغلب فيه ذلك وأما الذى زاد من الخلقة التامة فاحترز عما إذا نقص زائد من أصل الخلقة كالأصبع ونحوها بان قطعها البائع ولم يبق شين ثم باعها فلا يثبت بزوالها رد هكذا قاله صاحب التتمة وهذا فيه نظر فان القاضى أبا الطيب قال فى ذلك اذا حدث فى يد المشترى وجب أن يمنع من الرد فى يد عندى وتابعه على ذلك ابن الصباغ فان كان ذلك عيبا مانعا من الرد كما قاله أبو الطيب وجب أن يوجب الرد إذا حصل فى يد البائع وان لم يكن عيبا موجبا للرد كما قال صاحب التتمة وجب أن لايمنع الرد اذا حدث فى يد المشتري لايمنع الرد فطرد قاعدته وجل مالا يثبت بفوته فى يد البائع خيار لايمنع الرد إذا حدث عند المشترى فحصل الخلاف بين أبي الطيب والمتولى فى امتناع الرد بحدوثه وأما ثبوت الرد بوجوده فى يد البائع فيمكن أن يكون أبو الطيب يقول به و يجعله عيبا و يطرد قاعدته وحينئذ يحصل الخلاف بينهما فى المسألتين ويمكن أن يقال ان زوال الأصبع الزائدة ونحوها وان لم يكن عيبا إلا أن ذلك الزائد إذا كان موجودا عند العقد استحقه المشترى وصار جزءا من المبيع المقابل بالثمن فلو رده المشترى بدونه لرد المبيع ناقصا عما ورد العقد عليه فلذلك قال القاضى أبو الطيب انه يمنع الرد لا بسبب ان ذلك عيب نعم اذا حصل زوال هذه الأصبع الزائدة ونحوها فى يد البائع بعد البيع وقبل القبض مساق هذا البحث أن يثبت للمشترى الرد لزوال بعض ماشمله العقد وان لم يكن عيبا ألا ترى أنه تقدم لنا أن من اشترى عبداً كاتباً فنسى الـكتابة قبل القبض أنه يثبت الخيار لفوات ما كان موجوداً عند العقد وان لم يكن عيبا بل فوات كمال وهذا وان لم يكن كمالا فقد تعلق به غرض وقد صار مستحقا بالعقد لـكنه تقدم عن صاحب التهذيب أنه قال بعدم

ذكر الامام وصاحب الـكتاب انه يعين السورة والايات التى يعلمها أو يقدر المدة فيقول لتعلمنى شهراً وفى ايراد غيرها مايفهم عدم الاكتفاء بذكر المدة واشتراط تعيين السور والايات لتفاوت التعليم سهولة وصعوبة وفيه وجه انه لايجب تعيين السور واذا ذكر عشر آيات كفى وفى المهذب وجه انه لابد من

ثبوت الخيار فى حصول ذلك قبل القبض وهو الذى يشعر به كلام صاحب التتمة الذى حكيته الآن وهو مخالف لما قلته من البحث ولما قاله القاضى أبو الطيب ولصاحب التهذيب وصاحب التتمة أن يقولا ان ذلك الزائد وان كان شمله العقد الا أنه لاغرض فيه فزاوله مع البرء لايحصل به نقص يفوت به غرض صحيح بخلاف فوات الكتابة بالنسيان وعلى هذا يكون كل ما أثبت الرد على البائع منع الرد من المشترى وان أبقينا كلام أبي الطيب على حاله وطردناه فيما قبل القبض فكذلك يستمر هذا الضابط وان جمعنا بين ماقاله أبو الطيب بعد القبض وما قاله صاحب التهذيب قبله كما تقدمت الاشارة اليه فى موانع الرد فيفصل فى فوات هذه الزيادة فى يد البائع بين أن تكون بعد البيع فيثبت الخيار أو قبله فلا إذا لم يبق بسببها نقص ويكون كل مايوجب الرد إذا كان قبل البيع يمنع الرد إذا حصل عند المشتري ولا ينعكس فكل ما يوجب الرد إذا حدث بعد البيع وقبل القبض يمنع الرد إذا حدث فى يد المشترى و بالعكس وكل عيب مثبت للرد وليس كل مثبت للرد عيبا كما مثلناه فى فوات صفة الكمال قبل القبض فليس عيبا داخلا تحت هذا الضابط الا أنه باستحقاقه بالعقد صار فواته عيبا وأصل هذا الضابط الذى ذكره الرافعى وأشار اليه الامام القاضى حسين فانه قال الحد فيه ان كل معني ينقص العين باصل الخلقة او القيمة او يفوت غرضا مقصودا شرطه او فات بتدليس من جهة البائع يثبت الخيار وما خرج من هذه الجملة فلا يثبت الخيار وقصد القاضى بهذا حد كل ما يثبت الرد من الاسباب الثلاثة المذكورة فى هذا الباب التصرية والعيب والحلف والضابط الذى تقدم كفاية و به تعرف مايرد على حد القاضي وقال الغزالى العيب كل وصف مذموم اقتضى العرف سلامة المبيع عنه غالبا وقد يكون ذلك نقصان وصف أوزيادة،

تعيين السور لكن يكتفى باطلاق العشر منها ولا يعين واحتج له بـ(١) روى انه ﷺ قال فى قصة التى عرضت نفسها عليه لبعض القوم « أنى أريد أن أزوجك هذه ان رضيت فقال مارضيت لى يارسول

﴿ حديث ﴾ جابر انه باع فى بعض الأسفار بعيراً من رسول الله ﷺ على أن يكون له ظهره إلى المدينة متفق عليه وله طرق وفى بعضها أن ذلك كان فى رجوعهم من غزوة تبوك *

(١) ﴿قوله﴾ روى أنه ﷺ قال فى قصة التى عرضت نفسها عليه لبعض القوم أريد أن أزوجك هذا إن رضيت قالت مارضيت لى يا رسول الله فقد رضيت فقال للرجل هل عندك شئ قال لا قال فما تحفظ من القرآن قال سورة البقرة والتى تليها قال فعلمها عشرين آية وهى امرأتك النسائى من حديث أبي هريرة وفيه عسل راويه عن عطاء عنه وفيه ضعف وساقه النسائى بتمامه ولخصه أبوداود من هذا الوجه وأصله فى الصحيحين من حديث سهل بن سعد وسيأتى فى النكاح إن شاء الله تعالى *

وقد يكون نقصان عين كالخصى أو زيادتها كالاصبع الزائدة والخصى فان زادت قيمته ولكن ماكان منه مقصود تتعلق به مالية وانما الزيادة بالجب لغرض آخر حصل به فلم ينقل عن نقصان واشار الغزالى بهذا الى ان نقصان القيمة حاصل من وجه كونه يضعف البنية ولكنه انجبر بزيادتها من جهة الرغبة فى دخوله على الحريم عند من يجوزه مكان كذلك لعبد كانت زادت قيمته بسبب الكتابة ونقصت بسبب العيب دون مازادت فان تلك الزيادة لاتخرجه عن كونه عيبا وفى هذا الكلام محاولة ان المعتبر نقصان القيمة ولذلك قال الشافعى رضى الله عنه فى باب العيب فى الرهن والعيب الذى يكون به الخيار كل مانقص ثمنه من شيء قل أوكثر حتي الاثر الذى لايضر بعمله والفعل فهذا النص شاهد لاعتبار القيمة ومراد الشافعى والله اعلم بالثمن القيمة وقال قبل ذلك باربعة اسطر اذا كان بالرهن عيب فى بدنه أو عيب فى فعله ينقص ثمنه وعلم المرتهن العيب قبل الارتهان به فلا خيار له والرهن والبيع ثابتان وهذا النص مثل الاول وقول المصنف والعيب الذى يرد به المبيع قد يقول قائل لو قال الذى يرد به كما قال فى التتمة لشمل المبيع والثمن (والجواب) عن هذا ان الثمن اذا كان معيبا فحكمه حكم المبيع لاشك انه هنا انما يقصد تعريف لعيب فى المنع وماقى حكمه فسواء اذكره أم تركه المراد معلوم ولنا عيوب اخرى فى غير المبيع مفسرة بغير هذا التفسير وقال النووى رحمه الله فى تهذيب اللغات العيب ستة أقسام عيب فى المبيع وفى رقبة الكفارة والغرة وفى الاضحية والهدى والعقيقة وفى احد الزوجين وفى الاجارة وحدودها مختلفة فالعيب المؤثر فى المبيع الذى يثبت بسببه الخيار هو مانقصت المالية او الرغبة به أو العين والعيب فى الكفارة ماأضر بالعمل اضرارا بينا والعيب فى الاضحية والهدى والعقيقة مانقص به اللحم والعيب فى النكاح ماينفر عن الوطء ويكسر سورة التواق والعيب فى الاجارة مايؤثر فى المنفعة تأثيرا يظهر به تفاوت الاجرة لامايظهر به تفاوت قيمة الرقبة لان العقد على المنفعة فهذا تقريب ضبطها وهى مذكورة فى هذه الكتب بحقائقها وفروعها وعيب الغرة فى الجنين كالمبيع هذا كلام النووى رحمه الله (قلت) والعيب فى الزكاة كالبيع على الاصح وقيل كالاضحية وفى الصداق اذا طلق قبل الدخول النظر فيه الى مايفوت به غرض صحيح ولا نظر الى القيمة ولا نقصان العين ولذلك يقول الحمل فى البهائم فى البيع زيادة ليس بعيب وفى الصداق زيادة ونقص يمنع من الرجوع القهري فجملة انواع العيب ستة وان تكثرت ابوابها والموهوب بعوض حكمه حكم المبيع وقال أبو ثور لايرد بالعيب ولايرجع بشيء وهو بعيد *

الله فقد رضيت فقال للرجل هل عندك شيء قال لاقال ماتحفظ شيئا من القرآن قال سورة البقرة والتى تليها قال قم فعلمها عشر آيات وهى امرأتك » وفى وجوب تعيين رواية ابن كثير ونافع وغيرها

﴿ فرع ﴾ قد تبين لك زوال الصفة الكاملة بعد البيع وقبل القبض يثبت الخيار وذلك غير داخل فى الضابط المذكور والاعتذار عن ذلك بان يفوت الخيار لالكونه عيبا بل لفوات بعض المستحق كما تقدمت الاشاره اليه والله أعلم * وقول المصنف رجع فيه الى أهل الخبرة بذلك الجنس قال صاحب التهذيب ان قال واحد من اهل العلم به أنه عيب ثبت الرد به وكذلك يقتضيه كلام صاحب العدة واعتبر صاحب التتمة شهادة اثنين ولواختلفا فى بعض الصفات هل هو عيب وليس هنك من يرجع اليه فلتول قول البائع مع يمينه (فائدة) الرجوع فى العيب الى العرف له نظائر فى الفقه منها طول المجلس المانع من البناء على الصلاة وكثير النجاسة المجاوز لحد العفو وقدر الصفة فى الاناء والتفرق القاطع للخيار والقبض والحرز والاحياء ومواضع كثيرة الحكم فيها يحال على العرف اماقطعا أوعلى خلاف وقد اشتهر علي ألسنة الفقهاء ان ماليس له حد فى الشرع ولافى اللغة يرجع فيه الى العرف وليس هذا مخالفا لما يقوله الاصوليون من ان لفظ الشارع يحمل على المعني الشرعى ثم العرفى ثم اللغوى والجمع بين الكلامين ان مراد الاصوليين اذا تعارض معناه فى العرف ومعناه فى اللغة قدمنا العرف ومراد الفقهاء إذا لم يعرف حده فى اللغة ولم يقولوا ليس له معني فالمراد ان معناه فى اللغة لم ينصوا علي حده بمايثبته فيستدل بالعرف عليه *

* قال المصنف رحمه الله تعالى *

﴿ فان اشترى عبداً فوجده أعمى أو أعرج أو أصم أو أخرس أو مجذوما أو أبرص أو مريضا أو أبخر أو مقطوعا أو أقرع أو زانيا أو سارقا أو آبقا ثبت له الرد لأن هذه عاهات يقتضى مطلق العقد السلامة منها فلا يلزمه العقد مع وجودها ﴾ *

﴿ الشرح ﴾ ذكر المصنف والأصحاب جملة من أمثلة العيوب وان كانت لاتنحصر ولا مطمع فى استيعابها لكن المقصود زيادة فى البيان على ما استفيد من الضابط المتقدم فما ذكره المصنف كون الرقيق أعمي أو أعرج أو أصم أو أخرس أو مجذوما أو أبرص هذه الستة لاخلاف فيها ولا تفصيل فى البرص والجذام المستحكم وغيره أو مريضا وسواء المرض المخوف وغيره مايرجى زواله ومالا يرجى زواله فى الرقيق وغيره من الحيوان هكذا قال صاحب التتمة وغيره نعم إذا كان المرض قليلا كصداع يسير وما أشبهه ففى الرد به نظر وقال ابن يونس وابن الرفعة إن المرض وان قل عيب

وجهان (أصحهما) المنع لان الامر فيهما قريب ويدل عليه الخبر السابق قال الامام وكنت أود ان لايصح الاستئجار للتعليم حتى يختبر حفظ المتعلم كما لاتصح اجارة الدابة للركوب حتى يعرف حال الراكب لكن ظاهر كلام الاصحاب أنه لايشترط والخبر يدل عليه وانما يجوز الاستئجار لتعليم القرآن إذا

وقال العجلي إذا أصاب العبد مرض وكان يزول بالمعالجة السريعة فلا خيار كما لو غصب وأمكن البائع رده سريعا وهذا حسن أو أبخر والبخر الذى هو عيب هو اليأس من تغير للمعدة دون ما يكون بقلح الاسنان فان ذلك يزول بتنظيف الفم واعترض مجلى بان ذلك لايسمى بخرا فلا حاجة الى الاحتراز عنه وفى التجريد ان الجارية ترد بتغير النكهة وهو محمول على البخر الذى تقدم تفسيره ولا فرق بين العبد والجارية فان الجارية قد تقصد للاستمتاع والعبد قد يقصد للمسارة (وقوله) أو مقطوعا أي مقطوع عضو من أعضائه كيد أو رجل أو أصبع أو أنملة أو غيرها واطلاق ذلك يشمل الأصيل وغيره وقد تقدم استثناء قطع الأصبع الزائدة وشبهها وقطع شيء يسير من الفخذ إذا لم يحصل بشيء من ذلك نقص أو أقرع وهو لذى ذهب شعر رأسه من آفة ويشترط فى هذه الأمور ان تكون مستمرة فلو حدث فى يد البائع قبل البيع وزالت وانقطع أثرها فلا رد بها وذلك انما يكون فى غير القطع أو زانيا أو سارقا أو آبقا وهذه أيضا لاخلاف فيها ولا تفصيل عندنا فى ذلك بين العبيد والاماء ولا فرق بين أن يكون قد أقيم عليه الحد فى لزنا والسرقة أو لم يقم ووافقنا على الرد بعيب الزنا مطلقا مالك وأحمد واسحق وأبو ثور وابن المنذر وقول أبي حنيفة ان العبد لايرد بعيب الزنا بخلاف الأمة فان زناه يؤدي إلى اختلاط نسبه بنسب غيره وأجاب أصحابنا بأن زنا العبد يوجب الحد وينقص قيمته وقد يموت تحت الحد ولا فرق بين الصغير والكبير وان كان الحد لايجب على الصغير لانه يتعود ذلك فيفعله بعد الكبر نص الاصحاب على أنه لو زنا مرة واحدة فى يد البائع فللمشترى الرد وان تاب وحسنت حالته لان تهمة الزنا لاتزول ولهذا لايعود احصان الحر الزانى بالتوبة ﴿ وقال الغزالى فى الوسيط اعتياد الاباق والسرقة والزنا عيب فاشعر باشتراط الاعتياد في الثلاثة أو فى الاباق أو فيه وفى السرقة ولو لم يكن من كلام الغزالى الا ذلك أمكن تأويله بأن السرقة والزنا معطوفان على اعتياده ولايكون الاعتياد شرطا فيهما لكنه فى الوجيز قال اعتياده الزنا والاباق والسرقة فهذا صريح لايقبل التأويل وقريب منه قوله في البسيط أباقا أوسراقا أوزناء فاتى فى الثلاثة بصيغة المبالغة فاما الزنا فقد تقدم نص الاصحاب فيه ولا نعلم احدا صرح فيه بخلاف والسرقة كذلك واما الاباق فان الامام قال فى اوائل كتاب السلم فى جواب سؤال ان اعتياد الاباق عيب واتفاق الاباق لايلتحق بالعيوب وهذا الذي صرح به الامام كلام الجمهور يدل على خلافه ووراء ذلك ثلاثة امور (أحدها) ان هذه الثلاثة

كان من يعلمه مسلما أو كافرا يرجى اسلامه فان كان لايرجى لايعلم القرآن كما لايباع المصحف من الكافر ولا يجوز الاستئجار له وان كان المستأجر على تعليمه يعلم الشيء بعد الشيء ثم ينساه فهل على الأجير اعادة التعليم فيه أوجه (أحدها) أنه ان تعلم آية ثم نسيها لم يجب تعليمها ثانيا وان تعلم دون

إذا تكررت فى يد البائع واشتهرت ثم وجدت فى يد المشترى ولم يكن علم بها فله الرد لان وجودها فى يد المشترى عيبا حادثا بعد تكررها وان وجدت فى يد البائع مرة واحدة ثم وجدت فى يد المشترى فالمفهوم من كلام كثير من الاصحاب ان له الرد وبه صرح أبو سعيد الهروى فى الثلاثة وغيره فى الاباق ولافرق فى ذلك بين البالغ والصبى المميز وقال القاضى حسين يأخذ الارش لان الاباق فى يد المشترى عيب حادث وقد تقدم ذلك عند الكلام فيما اذا لم يعلم بالعيب حتى ابق وان وجدت فى يد البائع مرة واحدة ولم توجد فى يد المشترى فان كان صبيا مميزا فالذى يدل عليه كلام صاحب التتمة وغيره انه يرد وقال أبو سعيد الهروى لايرد والاول أصح وان كان كبيرا يرد لان العادة فى حال الكبر يتعذر الاقلاع عنها وفيه فى الاباق خاصة وجه حكاه الهروى عن الثقفى انه لا يرد كالصغير والصحيح الاول وهو قول الزجاجى والقاضى حسين وقيل ان الشافعى مايدل عليه قال القاضى حسين الفعلة الواحدة فى الاباق يجوز ان تعد عيبا ابدا كالوطء فى ابطال الحصانة وصرح فى الفتاوى بانه لايرتفع ذلك بالتوبة وطول المدة كالزنا وفرع الهروى على قول الثقفى انه لايمين على البائع لان جواز الرد يعتمد وجود العيب فى يد المشترى هذا ماتلخص لى من كلام الاصحاب فى ذلك وحيث قلنا له الرد فى الاباق فمحله فى حال حضوره واما فى حال اباقه فلا على ما تقدم وماذكره أبو سعيد الهروى فى الصغير واقتضاه كلام الثقفى فى ابق الكبير انه لايرد بالمرة الواحدة الا اذا وجد فى يد المشترى عجب فانه ان كان ذلك عيبا فلا حاجة الى شيء اخر وان لم يكن عيبا فوجوده فى يد المشترى ان لم يكن مانعا فلا اقل من ان يكون مقتضيا للمنع الا ان يلاحظ ان وجوده فى يد المشترى دل على ان ذلك صار عادة وانه من ضمان البائع لاستناده الى ما سبق *

﴿ فرع ﴾ لو وجد الاباق والسرقة والزنا ونحو ذلك فى يد البائع وارتفع مدة مديدة بحيث يغلب على الظن زوالها ثم وجدت فى يد المشترى قال الهروى قال الثقفى والزجاجى أبو على لايجوز الرد لاحتمال أن تلك المعانى ارتفعت ثم حدثت فى يد المشترى فصار ذلك كالمرض الحادث فى يده *

﴿ فرع ﴾ لايشترط أن توجد هذه الاشياء فى يد البائع بل لو وجدت فى يد من تلقى البائع الملك منه أو قبله كان حكمها كذلك قاله القاضى حسين والتولى فى الاباق وهو يجرى فى الاخيرين بلا شك بخلاف الامور السابقة من الامراض *

آية ونسي وجب (والثانى) ان الاعتبار بالسورة (والثالث) ان نسى فى مجلس التعليم وجب اعادته وان نسى بعده فلا (والرابع) ان الرجوع فيه إلى العرف الغالب وهو الاصح *

﴿ فرع ﴾ عن القاضى الحسين فى فتاويه ان الاستئجار لقراءة القرآن على رأس القبر مدة جائز

﴿ فرع ﴾ الحواء كالسارق ولا يشترط تكرر الجناية منه أيضا وانما ذكرته بهذه الصيغة تبعا للامام *

﴿ فرع ﴾ فى مذاهب العلماء قال الثورى واسحق فى الصبي يسرق ويشرب الخمر ويأبق لايرد بعيب حتى يحتلم وقال أحمد إذا جاوز عشر سنين فهو عيب *

﴿ فرع ﴾ قول المصنف عبد على سبيل المثال فالأمة كذلك وبعض العيوب المذكورة يشترك فيها سائر الحيوانات أيضا كالعمى والعرج والقطع *

﴿ فرع ﴾ ومن أمثلة العيوب أيضا الجب وهو داخل فى قول المصنف مقطوعا والصيبان فى العبيد والاماء إذا كان مستحكما مخالفا للعادة دون مايكون لعارض عرق أو حركة عنيفة أو اجتماع وسخ ولا يشترط كونه لايقبل العلاج بل إذا كان لايندفع إلا بعلاج مخالف للمعتاد فهو عيب وعند القاضى حسين لايثبت بالصبيان صيبان وينبغى أن يحمل كلامه على ماليس خارجا عن العادة والجنون سواء المتقطع وغيره وكونه مخبلا أو أبله أو أشل أو أعور وزعم بعضهم أن ذلك يندرج فى العمى لانه عمى فى أحد العينين فيكون داخلا فى قول المصنف وليس كذلك لأن العمى عند الاطلاق انما ينصرف إلى العينين نعم العور فى اللغة ذهاب البصر فقد يطلق على الأعمى ولهذا يعبر بأعور اليمنى أو اليسرى ولكن صار عند الاطلاق أيضا انما يفهم منه ذهاب البصر من إحداهما (ومنها) كون الرقيق أخفش وهو نوعان (أحدهما) ضعيف البصر خلقة (والثانى) يكون بعلة حدثت وهو الذى يبصر بالليل دون النهار المبين وفى يوم الغيم دون الصحو وكلاهما عيب وكونه أجهر بالجيم وهو الذى لايبصر فى الشمس أو أعشى وهو الذى يبصر بالنهار ولا يبصر بالليل والمرأة عشواء أو أعمش قاله القاضى حسين أو أخشم وهو الذى فى أنفه داء لايشم شيئا أو أبكم وهو الاخرس التام أو أرت لايفهم - والارت بفتح الراء وتشديد التاء المثناة من فوق وهو الذى فى كلامه عجمة وهذا تفسير أهل اللغة وقال الفقهاء فى صفة الأرت هو الذى يدغم حرفا فى حرف على خلاف الادغام الجائز فى العربية والرتة بضم الراء فكلا الامرين فى هذا الموضع ينبغى النظر فيه الى جنس ذلك الرقيق فان كان الغالب فيه عدمه كان عيبا وان لم يكن الغالب فيه عدمه كالزنج وغيرهم لم يكن عيبا وقد أطلق

كالاستئجار للاذان وتعليم القرآن * اعلم أن عود المنفعة إلى المستأجر شرط فى الاجارة كما سبق فيجب عود المنفعة إلى المستأجر أو ميته لكن المستأجر لاينتفع بأن يقرأ الغير ومشهور أن الميت لايلحقه ثواب القراءة المجردة فالوجه تنزيل الاستئجار على صور انتفاع الميت بالقراءة وذكر له طريقتين (أحدهما) أن يعقب القراءة بالدعاء للميت فان الدعاء يلحقه والدعاء بعد القراءة أقرب إلى الاجابة وأكثر بركة (والثانى) ذكر الشيخ عبد الكريم السالوسى أنه ان نوى القارىء بقراءته أن يكون ثوابها للميت لم يلحقه لكن أن قرأ ثم جعل ماحصل من الاجر له فهو دعاء بحصول ذلك

الأصحاب هنا الأرت الذى لايفهم ويمكن أن يبقى ذلك على اطلاقه ويكون المراد الذى لايفهم عنه بلغته ولا بغير لغته وقال القاضى حسين إذا وجده ألثغ أو أرت لايثبت الخيار إذا كان يستظرف بكلامه فان كان لايستظرف بكلامه فله الرد وكأن مراده ان كان يفهم كلامنا فلا رد وان لم يفهم فله الرد فيهما كما قال الأصحاب وهذا بعيد عن مراده فى الارت (ومنها) كونه فقد الذوق أو شيء من الحواس الخمس وان كان بعضها تقدم والشعر أو الظفر أو له أصبع زائدة أو سن ساغية وهى الزائدة المخالفة لبيان الاسنان أو يد زائدة أو رجل زائدة أو مقلوع بعض الاسنان أو أدرد وكون البهيمة در داء إلا فى السن المعتاد ونقل القاضى حسين فى الفتاوى هذا التقييد عن العبادى بعد أن أطلق أن له الرد والتقييد لابد منه وهو الذى أورده الرافعى وحكى القاضى حسين أيضا أنه هل يشترط رؤية السن فى العقد قال يحتمل وجهين فليكن الكلام فى الرد تفريعا على أحد الوجهين أو يأتى فيه ماتقدم فى الشعر (ومنها) كونه ذا قروح أو ثآليل كثيرة أو بهق وهو بياض يعترى الجلد يخالف لونه ليس ببرص أو أبيض الشعر فى غير أوانه ولابأس بحمرته (ومنها) كونه نماما أو ساحرا أو قاذفا للمحصنات أو كذابا أو به نفخة طحال كما قال الماوردى والرويانى أو مقامرا أو تاركا للصلاة أو شاربا الخمر وفى وجه ضعيف لارد بالشرب وترك الصلاة حكاه الرافعى عن الرقم للعبادى وعن القاضى أبى الطيب تقييد الشرب بأن يسكر ولا حاجة اليه لانه بالشرب يجب الحد عليه مجلى وأيضا يتخذ ذلك عادة وفى التهذيب أن الشرب المتقادم الذى تاب عنه لايثبت الرد بخلاف الزنا لان سمة الشرب تزول عنه بخلاف الزنا وقد تقدم عن القاضى حسين أن الاباق لايسقط أثره بالتوبة والظاهر أنه كالشرب فيحتمل أن يكون القاضى مخالف هنا وصاحب التهذيب مخالف هناك إلا أن يفرق (ومنها) كونه خنثى مشكلا أو غير مشكل (قال) الرافعى وعن بعض المتأخرين أنه ان كان رجلا وكان يبول من فرج الرجال فلا رد (قلت) وهذا حكاه العمرانى عن القاضى حسين أنه قاله فى باب الجنايات (ومنها) كونه وصل شعره بشعر غيره قاله القاضى حسين والا لتوعد هذا فى صور التلبيس كالتصرية (ومنها) كون العبد مخنثا أى ممكنا من نفسه من عمل قوم لوط والمخنث بكسر النون وفتحها والكسر أفصح والفتح أشهر وهو الذى خلقه كخلق النساء فى حركاته وهيأته وكلامه ونحو ذلك وتارة يكون ذلك خلقة له فلا يأثم به وتارة بتصنعه فهو مأثوم مذموم ملعون (ومنها) كون الجارية رتقاء أو قرناء أو مستحاضة أو معتدة عن زوج أو وطء بشبهة خلافا لاصحاب الرأى ونقل ابن أبى عصرون أن صاحب الحاوى قال فى المعتدة أنها لاترد لقرب المدة وان الشاشى قال ماكان نقصا يستوى فيه القريب والبعيد وينبغى لو كان بقى من عدتها يوم أن يثبت الخيار (قال) ابن أبى عصرون وهذا حسن (قلت) والذى رأيته فى الحاوى ان الخيار يثبت فى المعتدة وانما ذكر التعليل

ذلك الاجر للميت فينتفع الميت (ومنه) الاستئجار للرضاع يجب فيه التقدير بالمدة كما سبق ولا سبيل الى ضبط مرات الارضاع ولا القدر الذى يستوفيه فى كل مرة وقد تعرض له الامراض والاسباب

بالقرب في الصائمة بعد ذلك فلعل ذكر الصائمة سقط بين ذلك من بعض النسخ التي وقعت له ولم أر ذلك في حلية الشاشي أيضا وهو عجيب والذي أقوله أن ينبغي التفصيل في المعتدة ان كان قد بقي من العدة زمن يسير لايكون عيبا ويكون ذلك بمنزلة ماإذا كان العيب يسيرا يمكن البائع ازالته عن قرب وقد قالوا فيه انه لاخيار للمشتري وان كان زمنا كثيرا لمثله أجرة كيوم يثبت الخيار كما تقدم اعتبار مثل ذلك في الاحجار أو بها لحن بفتح اللام والخاء المعجمة وهو تغير رائحة الفرج قاله الروياني عن ابن المرزبان أو على لسانها نقطة سوداء إذا قال أهل الخبرة ان ذلك نقص قاله القاضي حسين أو تأكل العاين وقد أثر فيها قاله القاضي أيضا ولا فرق في ذلك بين الجارية والعبد أو كون الجارية مساحقة (ومنها) وقد تعرض له الشافعي أن يكون كل منهما العبد والامة أحرم باذن السيد ثم باعه ثم علم المشتري في زمن الاحرام فله الخيار لانه ليس له تحليله نص عليه في الام في كتاب الحج وان كان أحرم بغير اذن سيده ثم باعه فللمشتري تحليله كالبائع قاله الجرجاني والنووي عنه ولا يثبت له خيار (قلت) ولا وجه أنه ليس للبائع تحليله وان كان بغير اذنه فعلى هذا ليس للمشتري أيضا ويثبت له الخيار وينبغي التفصيل في الاحرام فان كان قد بقي زمن يسير كطواف أو حلق أو رمي في آخر الايام لايكون له الخيار والا كان له الخيار اذا لم يمكن التحليل (ومنها) على ماقال الجوزي اذا باع عبدا قد نذر صوم شهر بعينه لانه ليس له منعه بعد الدخول فيه قال فان كان بالذمة من الصوم متفرقا فلا خيار لانه له منعه وهو في ذمة العبد (قلت) وهذا يقتضي أن يطرد في كل صوم وجب على الفور يكون عيبا اذا كان طويلا يضر كالشهر ونحوه كما مثل به أما اليوم ونحوه فلا والذي لايجب عليه الفور يحتمل أن لايكون عيبا كما قال ويحتمل أن يكون عيبا لانه يضيق عليه اذا توقع الموت وعلى قياس ماقال لو كان فاته صوم رمضان بعذر أو بغير عذر ينبغي أن يثبت الخيار لانه لايجوز له تأخيره عن رمضان آخر فيصير كشهر بعينه وهو قريب الحصول (ومنها) تعلق الدين برقبتهما ولا رد بما يتعلق بالذمة ومثله للمتولي والروياني بدين القرض وحسن أن التجارة والشراء في الذمة خلافا لاصحاب الرأي ومالك ولو بان كون العبد المبيع مبيعا في جناية عمد وقد تاب عنها فوجهان فان لم يتب فعيب (قلت) ينبغي أن يكون عيبا مطلقا كالسرقة والزنا وقد حكاه صاحب الاستقصاء وجها وجناية الخطأ ليست بعيب الا أن يكثر وهذا معناه إذا لم يكن أرشها باقيا (ومنها) الكمين وانقلاب القدمين إلى الوحشي والخيلان الكثيرة وآثار الشجاج والقروح والكي وسواد الأسنان وذهاب الأشفار والكلف المغير للبشرة وكون أحد ثديي الجارية أكبر من الآخر والحفر في الأسنان وهو تراكم الوسخ الفاحش في أصولها ذكر هذه الأحد عشر القاضي أبو سعيد في فصل في عيوب العبيد والجواري في شرح أدب القاضي لأبي عاصم ونقله الرافعي عنه ولو وجد الجارية لاتحيض

اللهبة ويجب تعيين الصبي لاختلاف الغرض باختلاف حال الرضيع وتعيين الموضع الذي يرضع فيه أهو بيته أم بيتها فان ارضاعها في بيتها أسهل عليها فالارضاع في بيته أشد وثوقا هـذا ماذكره في

وهى صغيرة أو آيسة فلا رد وان كانت فى سن يحيض النساء فى مثله غالبا فله الرد وضبطه القاضى حسين بعشرين سنة ولو تطاول طهرها وجاوزت العادات الغالبة للنساء فله الرد هكذا قاله المتولى والرافعى وقال القاضى حسين إذا انقطع سنة فأكثر فان كانت لها عادة معلومة فعيب وان لم يكن لها عادة فليس بعيب وفى عبارة الرويانى اعتبار عادة البلد ونسبه الى النص والحمل فى الجارية عيب وفى سائر الحيوانات ليس بعيب على الصحيح الذى اقتضاه ايراد الرافعى هنا وقطع به المتولى وقال فى التهذيب عيب وقال ابن الرفعة فى الكفاية إن الرافعى قال فى الصداق إنه أظهر الوجهين والذى قاله الرافعى فى الصداق انه أظهر الوجهين انما كان فى الجوارى زيادة من وجه ونقصان من وجه لانه يضر بطيب اللحم فى المأكول وبالحمل فى غير المأكول وفى التناقض بين تصحيح الرافعى نظر فان النظر فى الصداق فى الزيادة والنقص الى حصول غرض صحيح أو فواته ولانظر الى القيمة ولا نقصان العين كما هو الضابط ههنا فقد لا يكون الحمل فى الحيوانات عيبا فى البيع لانه لاينقص من العين ولا من القيمة ويكون نقصا فى الصداق من وجه لفوات غرض به وفيه نظر ومن العيوب كون الدابة جموحا أو عضوضا أو رموحا أو خشية المشى بحيث يخاف منها السقوط وشرب البهيمة لبن نفسها وقلة أكل الدابة وشرط المتولى والرويانى فى الجموح ان لاتنقاد الا باجتماع الناس عليها وهو بعيد وان كان فى كلام القاضى حسين مايفهمه قال القاضى حسين ولو كانت ترهب من كل شىء تراه فله الرد أيضا وقال المروى من عيوب الدواب الحران وان يكون اذا اعلم قبل الرحال وهو عل ومن العيوب كون الدار أو الضيعة منزل الجند قال القاضى حسين فى فتاويه هذا اذا اختصت من بين ما حواليها بذلك فان كان ماحولها من الدور بمثابتها فلارد وكونها ثقيلة الخراج ولن كنا لانرى اصل الخراج فى تلك البلاد وتفاوت الرغبة والقيمة ونعنى بثقل الخراج كونه فوق المعتاد فى امثالها وفى وجه عن حكاية أبى عاصم لارد لثقل الخراج ولابكونها منزل الجند وألحق فى التتمة بهاتين الصورتين ما اذا اشترى فوجد بقربها قصارين يؤذون بصوت الدق ويزعزعون الأبنية أو ارضا فوجد بقربها خنازير تفسد الزرع وحكى الرويانى فى هاتين المسألتين وجهين واطلق القاضى حسين فى الفتاوى انه اذا اشترى أرضا فوجدها مرتع الخنازير ان له الرد قال وقال العبادى ليس له الرد ولو اشترى ارضا يتوهم ان لاخراج عليها فبان خلافه فان لم يكن على مثلها خراج فله الرد وان كان على مثلها ذلك القدر فلارد هكذا فى التتمة والرافعى وفى فتاوى القاضى حسين وهذا يقتضى تفسير الخراج بشىء غير اجرة الأرض فانه اذا لم يعلم ان على الارض اجرة وظن ان الارض ملك البائع وورد العقد عليها ثم خرجت بخلاف ذلك تخرج على تفريق الصفقة لا لأجل الخراج بل لخروج بعض المبيع مستحقا وقال صاحب التتمة لو شرط ان لاخراج عليها

استئجار الآدمى وقد يستأجر لامور أخر منها الحج وقد ذكرناه فى بابه (ومنها) إذا استأجر لحفر بئر أو نهر أو قناة قدرا ما بالزمان فيقول تحفر لى شهرا أو بالعمل فيقدر الطول والعرض والعمق

فبان عليها اخراج فله الرد قل اوكثر يعني ولو كان على امثالها وهو ظاهر وقال الغزالي في الفتاوى لو اشترى ارضا فبان انها تبير اذا بارت رجله ويضر بالزرع فله الرد ان قلت الرغبة بسببه ومن العيوب كون الماء مسخنا على أصح الوجهين ولو باع الطاهر من الاواني بالاجتهاد لزمه تعريف المشترى فان لم يعرفه فهل له الخيار وجهان حكاهما الروياني ولو باع عشرين صاعا من ماء في بئر فاستقى منها تسعة عشر فلما اخرج الصاع الاخير وجد فيه فأرة ميتة ولم يتغير الماء بها فاريق هذا النجس وقال البائع استلم الصاع من الباقي في البئر لانه كسر وطلب المشترى فسخ البيع كان له الفسخ لان هذا الماء نجس عند بعض الفقهاء فتعافة النفس فيصير كعيب اصابه بما اشتراه نص عليه الشافعي ونقله عنه الروياني والرمل تحت الارض ان كانت مما يطلب للبناء والاحجار ان كانت مما يطلب للزرع والغرس وقد تقدم الكلام في ذلك في باب بيع الاصول والثمار فلينظر هناك ومن العيوب نجاسة المبيع إذا كان ينقص بالغسل وظهور ماله يوقف المبيع وعليها خطوط المتقدمين وليس في الحال من يشهد بذلك عيب نقل ذلك عن العدة وقال صاحب البحر وفرضهما فيما إذا علم أنها ليست مزورة ونقلها عن بعض أصحابنا بالعراق وعن اختيار مشايخ طبرستان (قل) الروياني وكذلك إذا ادعى مدع يعول على دعواه وقفيها يحتمل أن يقال ذلك عيب وهذا إذا سبقت الدعوى البيع وان بعد البيع وقبل القبض *

﴿فرع﴾ قال الهروي فصل في عيوب العبيد والجواري التي اجتمع عليها البحاثون وأفتى بها المفتون التابع في الخلق وتغير الاظفار والحلف هذا في العنين والسعال والصكك وهو اصطكاك القدمين هذا لابن أبي ليلى والكوع وهو خروج العرقوب عن القدم في اليمين والشمال والفرع وهو يتوسط القدم والنقرة والشامات الاشامة بيضاء والغدد والعقد والكسف وهي دائرة في قصاص الناصية والعس والجاجم في غير مواضعها والكشف في الجبل اكتواء في عسيب ذنبه والسلوم في الاسنان والسفاق في اليدين والرجلين واختلاف الاضلاع والاسنان وجرم البسوق والاذن اذا اتسعت ثم خيطت والنمش والسمط وأثار جلد خطوط السياط وأكل الطين هذا لشريك القاضي وخضاب الشعر وتجعيده والوشوم والغنة في الصوت وهذا لحفص بن عياث والترس أخفى من البرص واللواط والابنة والحول والفدع ونهاب الاشفار وان لايثبت عانتها حدث في زمان أبي عمر القاضي المالكي وأن يكون شتاما كذابا خائنا أسرات *

﴿فرع﴾ قال الزبيري في المقتضب لو اشترى دارا بحدودها ثم علم أن أحد حيطانها ليس لها فله الخيار (قلت) وينبغي أن يكون ذلك على تفريق الصفقة لان الاشارة تشمل الجميع ومن جملتها الجدار الذي تبين أنه ليس لها وقال الصميري لو اشترى عبدا فبان أنه أخ المشترى أو عمه فله الخيار

ويجب معرفة الارض بالمشاهدة للوقوف على صلابتها ورخاوتها ويجب عليه اخراج التراب المحفور فان انهار شيء من جوانب البئر لم يلزمه اخراج ذلك التراب واذا انتهى الى موضع صلب أو حجارة

لان

لان النفس لاتكاد تطيب باسترقاقه وفيه نظر لان هذا معنى خاص بالمشترى وقد صرح البغوى والرافعى بأنه لو اشترى جارية فبانت أخته من النسب فلا خيار وقال ابن الصباغ لو كانت محرمة عليه فى بنسب فلا خيار *

* قال المصنف رحمه الله تعالى *

وان وجده يبول فى الفراش فان كان صغيرا لم يرد لان بول الصغير معتاد فلا يعد عيبا وان كان كبيرا رد لان ذلك عاهة ونقص *

﴿ الشرح ﴾ اذا كان صغيرا فلاخلاف فى أنه ليس بعيب سواء فى ذلك الطفل والطفلة وقدره صاحب التهذيب بمادون سبع سنين وكثير من الاصحاب لم يضبطوا ذلك بمقدار بل بأن لايكون مثله يتحرز منه كذلك قال القاضى أبو الطيب وان كان كبيرا وهو مازاد على ذلك فهو عيب فى العبد والامة وعن أبى حنيفة ان له الخيار فى الجارية دون العبد لان الجارية يتخذها للفراش فيتأذى به وليس كذلك العبد واجاب اصحابنا بان العبد يغسل الثياب التى ينام فيها ويحتاج الى من يغسلها وينظفها وهذا نقص فيه وزعم الفارقى ان المصنف لم يذكر العلة بتمامها وان كان متعادا من الصبى لايخرج عن كونه عيبا وتمام العلة ان يقول هو معتاد من الصبى ومآله الى الزوال فكان فى حكم الزائل * ولو اشترى عبدا وكان يبول فى فراشه ولم يعلم الا بعد كبر العبد قال الرويانى لم يكن له الرد ويرجع بالارش لان علاجه بعد الكبر عيب فصار كبره عنده كالعيب الحادث هكذا قال الرويانى وكانه فرض المسألة فيما اذا كبر الى سن عالية فوق كبره حالة المبيع بحيث يكون علاجه اصعب أما البول فى حالة الصغر فليس بعيب سواء أكبر عند المشترى اولم يكبر لارد به ولاأرش *

* قال المصنف رحمه الله تعالى *

﴿ وان وجده خصيا ثبت له الرد لان العقد يقتضى سلامة الاعضاء وهذا ناقص ﴾ *

﴿ الشرح ﴾ الخصي الذى نزعت خصيتاه وسلتا وقيل من قطعت اثنياه مع جلدتهما فعلي هذا التفسير قد دخل فى قول المصنف فيما مضى أومقطوعا فيكون قد نص عليه ليكون أصرح وعلي كل تقدير هو عيب كما ذكره المصنف وقد ذكر عند الضابط في أول الفصل زيادة كلام فيه وان زيادة قيمته لاتمنع من كونه عيبا فاذا اشترى عبدا مطلقا فخرج فحلا لم يثبت الرد وان خرج خصيا ثبت الرد وكذلك البهيمة اذا وجدها خصيا ثبت الرد قاله الجرجانى *

نظر ان كان يعمل فيه المعول وجب حفره على أظهر الوجهين وبه قال القاضي أبو الطيب (والثاني) لايجب وبه قال ابن الصباغ لأنه خلاف ما اقتضته المشاهدة فعلي هذا له فسخ العقد وان لم يعمل به المعول أو نبع الماء قبل أن ينتهى الى القدر المشروط وتعذر الحفر انفسخ العقد فى الباقى ولا يفسخ

* قال المصنف رحمه الله تعالى *

{ وان وجد غيره مختون فان كان صغيرا لم يثبت له الرد لانه لايعد ذلك نقصا فى الصغير لانه لايخاف عليه منه وان كان كبيرا اثبت له الرد لانه يعد نقصا لأنه يخاف عليه منه وان كانت جارية لم ترد صغيرة كانت أو كبيرة لان ختانها سليم لايخاف عليها منه } *

{ الشرح } هذا كما قال وضبط الرويانى الصغر هنا بسبع سنين فما دونها وفيه وجه ان ذلك لايكون نقصا فى العبد الكبير ايضا ووجه ثالث حكاه الرويانى وقطع به المتولى ان كان الكبير من سبي الوقت من قوم لايختتنون فلا خيار وحكيا فى الجارية وجهين قال قالا والصحيح انه يثبت الخيار لانه لو كان فيها اصبع زائدة ثبت الخيار ولايستحق قطعها فلأن يثبت ههنا ويستحق ازالة هذه الجلدة أولى (والجواب) عما قالاه ان الاصبع الزائدة وجودها نقص ويخشى من ازالتها وهى خلاف الاصل بخلاف مايقطع من الجارية وفى كلام المصنف اشارة الى انه اذا وجده مختونا فلا خيار سواء كان صغيرا أم كبيرا وهو كذلك اذا لم يحصل بالختان نقص ولم يكن شرط انه اقلف فان كان قد شرط ذلك فبان مختونا قال المتولى ان كان فيه غرض بان كان الغلام مجوسيا أو علم ان المجوس يرغبون فيه فله الخيار وان كان بخلافه فلا خيار *ولو اشترى عبدا اقلف فختنه وان قل الموضع ثم وجد به عيبا قديما فله رده لان الختان زيادة فضيلة وليس بعيب قاله صاحب التتمة والرويانى ويحتاج المتولى الى فرق بين هذا والمسألة السابقة اذا شرط انه اقلف فخرج مختونا حيث فصل ويمكن الفرق *

* قال المصنف رحمه الله تعالى *

{ وان اشترى جارية فوجدها مغنية لم ترد لانه لاتنقص به العين ولا القيمة فلم يعد ذلك عيبا } *

{ الشرح } هذا مذهبنا وحكى أصحابنا عن مالك ان له الخيار لان الغناء حرام وذلك نقص فيها ومنع بعض اصحابنا تحريمه و بتقدير تسليمه فالمحرم فعله فله ان يمنعها من استعماله وأما معرفته فليست بحرام حتى قال الرويانى لو شرط انها مغنية فكانت مقرئة فله الخيار يعني لان له غرضا فى ذلك والقراءة فضيلة لكن لايحصل غرضه كما لو شرط أنه خصى فخرج فحلا وقول المصنف لاتنقص به العين احتراز من الخصاء به وحكم العبد فى ذلك حكم الأمة فلو وجده زامرا أو عالما بالمعزف أو العود فليس له

فيما مضى على الأصح فتوزع الاجرة للمسماة على ماعمل وعلى مابقي *وان استأجر لحفر قبر بين الموضع والطول والعرض والعمق ولا يكفى الاطلاق خلافا لابى حنيفة ولا يجب عليه رد التراب بعد وضع الميت خلافا له أيضا (ومنها) إذا استأجر لضرب اللبن قدر بالزمان أو العمل واذا قدر بالعمل بين

الرد والسيد قادر علي منعه من العمل وما ذكرناه من أن الغناء ليس بعيب عندنا هو المشهور (وقال) الهروي في الاسراف واذا كانت مغنية فاختلف فيها الحوى وغيره من أصحابنا *

* قال المصنف رحمه الله تعالى *

(وان وجدها ثيبا أو مسنة لم يثبت له الرد لان الثيوبة والكبر ليس بنقص وانما هو عدم فضيلة) *

(الشرح) كثير من الاصحاب أطلقوا هذا الحكم وقالوا إنما لم يشرط بكارتها ولا ثيوبتها فخرجت بكرا أو ثيبا لم يكن له الخيار لانه لم يحصل شرط ولا تدليس ولا عرف غالب يدل على ذلك وذلك الاطلاق محمول على ما اذا كانت في سن يغلب فيه الاستمتاع بها أما اذا كانت صغيرة وكان المعهود في مثلها البكارة فخرجت ثيبا ثبت الرد وممن قاله المتولي والرافعي وأشعر كلام الروياني في ذلك خلافا فانه حكي الاطلاق ثم قال ومن أصحابنا من قال ان كان مثلها يكون بكرا في العادة فوجدها ثيبا له الخيار لانه وجدها على خلاف المعهود (قال) وهذا أصح عندى (قلت) والاولى أن ينزل ذلك الاطلاق على هذا ولا يكون في المسألة خلاف *

* قال المصنف رحمه الله تعالى *

(فان وجد المملوك مرتدا أو وثنيا ثبت له الرد لانه لا يقر على دينه) *

(الشرح) الردة عيب قطعا في المملوك الذكر والانثى وما سواها من الكفر فالكتابي قد ذكره المصنف بعد هذا وما بين هذين من أنواع الكفر الاصلي كالتوثن والتمجس قيل لا رد لا في العبد ولا في الاماء وبهذا قطع صاحب التتمة وقال صاحب التهذيب ان وجد الجارية مجوسية أو وثنية فله الرد لانها محرمة على كافة الناس وان وجد العبد كافرا أصليا أى كفر كان فلا رد ان كان قريبا من بلاد الكفر بحيث لا تقل الرغبة فيه وان كان في بلاد الاسلام بحيث تقل الرغبة في الكافر وتنقص قيمته فله الرد وصحح الرافعي والنووى ما قاله في التهذيب وقال القاضي أبو الطيب إنه اذا اشتري عبدا مطلقا فخرج كافرا لم يكن له خيار وهذا الاطلاق أقرب إلى موافقة صاحب التتمة وفصل القاضي حسين بين دار الاسلام كما نقل صاحب التهذيب وما قاله المصنف يظهر أنه مخالف للوجهين فانه أطلق الرد بالتوثن وتعليله بأنه لا يقر عليه يقتضي ان العبد الوثني يقبل والمعروف في المذهب

العدد والقالب فان كان القالب معروفا فذاك والا بين طوله وعرضه وسمكه وعن القاضي أبي الطيب الاكتفاء بمشاهدة القالب ويجب بيان للموضع الذى يضرب فيه لانه يبعد من الماء ويقرب وربما يحتاج إلى نقل التراب أيضا ولا يجب عليه إقامتها حتى تجف خلافا لابي حنيفة * ولو استأجر لطبخ اللبن

خلافه . ومن كلام المصنف وكلام صاحبي التتمة والتهذيب يخرج فى العبد ثلاثة أوجه (أحدها) أنه لا يرد بالكفر الاصلى مطلقا وهو قول صاحب التتمة (والثانى) ان كان فى بلاد الاسلام يرد به والا فلا وهو قول صاحب التهذيب (والثالث) يرد ان كان وثنيا وهو قول المصنف ويحتمل أن يكون المصنف يوافق صاحب التهذيب فى المجوسى إن كان فى بلاد الاسلام فرض أن قيمته تنقص بذلك وأما الجارية فما ذكره صاحب التهذيب فيها يتعين لنقصها بالنسبه إلى امتناع وطئها على كل أحد سواء كانت مجوسية أو وثنية والكتابية سيأتي حكمها والمرتدة لا اشكال فى كونها ترد لأنها لا تفرق وأطلق الشيخ أبو حامد فى الجارية والقاضى أبو الطيب فى العبد أنه لا يرد بالكفر وأطلق الامام الكلام إذا اشترى عبدا فخرج كافرا ونقل عن عامة الأصحاب أنه عيب وعن العراقيين أنهم ذكروا وجها أنه ليس بعيب وفصل هو ان كان الاسلام غالبا فى موضع العبد والكفر منقص قيمته فهو عيب وان لم يكن الايمان غالبا فى العبيد بل كانوا منقسمين وكان الكفر منقصا للقيمة فهذا فيه تردد وظاهر القياس أنه ليس بعيب والظاهر النقل أنه عيب وان لم يكن الكفر منقصا والعادات مضطربة فالوجه القطع بأن الكفر لا يكون عيبا وقال قبل باب بيع حبل الحبلة إذا اشترى المسلم عبدا فخرج كافرا ان اشتراه فى بلاد الاسلام فله رده فانه نادر فى هذه الديار وان اشتراه فى دار الحرب فخرج كافرا فالذى ذهب اليه الأكثرون أنه لا يرد وكان شيخى يقول يثبت الخيار ومما ذكره الامام يخرج وجه رابع أن الكفر عيب مطلقا وما نقله عن الأكثرين هنا موافق لما قاله صاحب التهذيب *

* قال المصنف رحمه الله تعالى *

{ وان وجده كتابيا لم يثبت له الرد لأن كفره لا ينقص من عينه ولا من ثمنه } *

{ الشرح } هذا موافق لصاحب التتمة ومخالف لصاحب التهذيب والرافعى فى التفصيل بين أن يكون فى بلاد الاسلام وقيمة الكافر أنقص فيثبت الرد أولا فلا فرق عند صاحبي التتمة والتهذيب فى ذلك بين العبد والأمة صاحب التتمة يقول إنه لا يرد فيهما وصاحب التهذيب يطرد تفصيله المذكور فيها ولعل اطلاق المصنف وغيره محمول على ما قال صاحب التهذيب حيث لا تكون القيمة تنقص بذلك فان تعليلهم يرشد اليه وقد تقدم أن الامام أطلق الكلام فى الكفر ونقله عن

وطبخ يجب عليه الاخراج من الاتون خلافا له (ومنها) إذا استأجر لبناء قدر بالزمان أو بالعمل فان قدر بالعمل بين موضعه وطوله وعرضه وسمكه وما يبنى منه من الطين أو الآجر وان استأجر للتطيين أو التجصيص قدر بالزمان ولا سبيل فيه الى تقدير العمل فان سمكه لا ينضبط رقة وثخانة (ومنها) إذا

عامة الأصحاب أنه عيب والأصح مانقله قريبا من باب بيع حبل الحبلة هو التفصيل الموافق لصاحب التهذيب هو قد خالف مالكا رحمه الله فقال انه يثبت الرد بالكفر لأنه نقص وأجاب الأصحاب بأن الكفر نقص فى الدين والبيع انما يقصد به المال و كفر الكتابى سبب فى تكثير ماليته لأنه يشتريه الكافر والمسلم و كثرة الطالبين تقتضى كثرة الثمن (قال) الفارقى وقد ثبت هذا المعنى فى اعتاق الكافر فى الظهار أنه يعتبر فيه الاسلام ككفارة القتل ولا يفرق بالتغليظ لما تبين أن للمسلم أقل قيمة من الكافر ومحل التكفير وهو الرقبة واحد فيستوى بين الكفارتين فيه كما يستوى بينهما و بين كفارة اليمين فى محل الصوم فلا يجوز فى يوم العيد والحيض وان اختلفا فى مقداره *

* قال المصنف رحمه الله تعالى *

﴿ وان اشتري أمة فوجدها مزوجة أو عبدا فوجده مستأجراً ثبت له الرد لأن اطلاق البيع يقتضى سلامة المنافع للمشترى ولم يسلم له ذلك فثبت له الرد *

﴿ الشرح ﴾ هذا كما قال لان المزوجة يستحق الزوج تسليمها فى بعض الاوقات فيفوت على السيد منفعتها فى ذلك الوقت والمستأجر منفعته فائتة الى انتهاء مدة الاجارة وقد صح ان عبدالرحمن ابن عوف رضى الله عنه اشترى من عاصم بن عدي جارية فاخبر أن لها زوجا فردها وورد وفى سنن البيهقى فى الامة تباع ولها زوج ان عثمان قضى انه عيب ترد منه ونقل ابن المنذر الاجماع عليه وفى البيان حكاية وجه فى التزويج وهو ضعيف بل باطل لنقل ابن المنذر * ولو قال زوجها لها ان برىء المشترى من الثمن فأنت طالق وكان قبل الدخول ثم علم المشترى بالتزويج هل له الخيار فيه احتمالان فى البحر (أحدهما) نعم لثبوت العيب وجواز موت الزوج قبل براءة المشترى فيلزمها عدة الوفاة (والثانى) لا لعدم الضرر لان عدة الوفاة ان وجبت ثبت الخيار بها لانها عيب حادث أى من سبب متقدم فى يد البائع لم يقع الرضى به وحكم تزويج العبد حكم تزويج الامة يرد به ايضا الا ان الاجماع المنقول فى الامة خاصة واطلق كثير من الاصحاب ذلك وقال صاحب التتمة انه اذا كان تزوج بغير اذن سيده ودخل بها وقلنا المهر يتعلق برقبته كان حكمه حكم العبد الجانى و يجب تقييد اطلاق غيره بذلك قال صاحب التهذيب ولو علم العبد ذا زوج ولكن لم يعلم ان عليه مهراً ولم يعلم قدره فله الرد كما لو اشتراه عالما بالعيب ولم يعلم مقداره له الرد *

استأجر كحالا ليداوى عينيه قدر بالمدة دون البرء فان برئت عينيه قبل تمامها انفسخ العقد فى الباقي ولا يقدر بالعمل لان قدر الدواء لاينضبط و يختلف بحسب الحاجة (ومنها) إذا استأجر للرعى وجب بيان المدة وجنس الحيوان ثم يجوز العقد على قطيع معين و يجوز فى الذمة وحينئذ فاظهر الوجهين

* قال المصنف رحمه الله تعالى *

﴿ وان اشتري شيأ فتبين انه غبن في ثمنه لم يثبت له الرد لماروى أن حبان بن منقذ كان يخدع في البيع فذكر ذلك للنبي ﷺ فقال اذا بعت فقل لاخلابة ولك الخيار ثلاثا ولم يثبت له خيار الغبن ولان المبيع سليم ولم يوجد من جهة البائع تدليس وانما فرط المشتري في ترك الاستظهار فلم يجز له الرد ﴾ *

﴿ الشرح ﴾ هذا الحديث قد ذكره المصنف في أول كتاب البيوع فيكتفي بهما تقدم من كلام النووي عليه والاصح ان الذي كان يخدع منقذ والد حبان والحديث صحيح في الجملة ومعنى لاخلابة لاغبن ولاخديعة وجعلها الشرع لاثبات الخيار اذا قالها ثبت الخيار صرح باشتراطه أولا وقوله ﷺ ولك الخيار اعلام منه بثبوت الخيار (وقوله) ولم يثبت له خيار الغبن من كلام المصنف وليس من الحديث ووجه الدلالة منه ظاهر لانه لو كان يثبت الخيار بالغبن لبينه النبي ﷺ ولم يحتج ان يعد اشتراط خيار الثلاث أو ان يجعل له الخيار ثلاثا بقوله لاخلابة وقد ورد انه خيار كان اذا اشتري فرجع به فيقبلون رده فانك قد غبت أوعسيت فيرجع الى بيعه فيقول خذ سلعتك ورد دراهمي فيقول لاافعل قد رضيت فذهبت به حتى يمر الرجل من أصحاب النبي ﷺ فيقول إن رسول الله ﷺ قد جعله بالخيار فيما يبتاع ثلاثا فترد عليه دراهمه ويأخذ سلعته فلو كان الخيار ثابتا بالغبن لكل احد لم يكن الخيار خصوصية بذلك فظاهر قضية حبان انه كان بالخيار ثلاثا سواء عين أولم يعين وهل ذلك خاص به لان النبي ﷺ جعله بالخيار اوهو ثابت بالشرط كما هو في حق غيره مساق هذه القصة التي حكيتها يشعر بالاول فانه لوعرف البائع شرط الخيار لم يخالفه والى ذلك ذهب بعضهم وقيل ان ذلك بالشرط وهو عام له ولغيره وكيف ما كان فالدلالة منه ظاهرة في عدم ثبوت الخيار بالغبن وماذكره المصنف من المعنى ظاهر ايضا فان المبيع لاعيب فيه ولاتدليس لان الفرض كذلك فانتفى موجب الخيار وقال أصحابنا لايثبت الخيار بالغبن سواء أتفاحش ام لا * وان اشترى زجاجة بثمن كثير وهو يتوهمها جوهرة فلا خيار له ولانظر الى مايلحقه من الغبن لان التقصير منه حيث لم يراجع اهل الخبرة ونقل للمتولي وجها شاذا انه كشراء الغائب ويجعل الرؤية التي لاتفيد المعرفة ولاتنفي الغرر كالمعدومة قال أصحابنا وثبوت الخيار في المعيب للنقص لاللغبن ولهذا لوكان مع العيب يساوي

عند الشيخ أبي اسحق الشيرازى أنه يجب بيان العدد (والثانى) و به أجاب ابن الصباغ والقاضي الروياني انه لايجب ويحمل على ماجرت العادة أن يرعاه الواحد قال الروياني وهو مائة رأس من الغنم على التقريب وان توالدت حكي ابن الصباغ أنه لايلزمه رعي أولادها إن ورد العقد على أعيانها

أضعاف ثمنه له الرد ولو تعيب فى يد البائع ثبت الخيار ولو نقصت قيمته بانخفاض الأسواق فلا ويخالف تلقى الركبان لان هناك وجد منه تغرير بالاخبار عن السعر على خلاف ماهو ولا طريق الى الاستكشاف ويخالف الغبن فى مسأله المرابحه لان هناك علق العقد الثانى بالاول والمخالف لنا فى هذه المسألة مالك وأحمد وأبو ثور أما مالك فقال ان غبن باقل من الثلث فلا خيار له وان كان بالثلث أو أكثر فله الخيار هكذا نقل أصحابنا عنه وهو قول بعض أصحابه قال القاضى عبد الوهاب ولم يجد مالك فى ذلك حدا ومذهبه اذا خرج من تغابن الناس فى قبيل تلك السلعة ثم أصحابنا نقلوا هذا مطلقا وشرطه عند المالكية ان يكونا أو أحدهما غير عارف بتقلب السعر وتغيره فى عقده فان كانا جميعا من أهل البصر بتلك السلعة واسعارها فى وقت البيع فلا خيار سواء كان الغبن قليلا أو كثيرا قاله القاضى عبد الوهاب وأما أحمد فقال ان كان المشترى مسترسلا غير عارف بالبيع واذا عرف لايعرف ثبت له الخيار بالغبن وان كان من أهل المعرفة لو تأمل فيه لعرف ان قيمته لاتبلغ ذلك المبلغ فلا خيار له وأما أبو ثور فاطلق عنه النقل باثبات الخيار وانه ان فاتت السلعة رجع المغبون بقدر الغبن ونقل ابن المنذر عنه ان البيع فيه غبن لايتغابن الناس بمثله فاسد وهذا النقل عنه اثبت عندنا من الاول ونقل أصحابنا عن المالكية انهم احتجوا بحديث لاتلقوا الركبان وكونه اثبت الخيار بالغبن وبحديث لاضرر ولاضرار وبالقياس على الغبن بالبيع وأجاب الأصحاب عن الأول بأن الخيار ثبت للتغرير فان المشترى غره وعن الثانى بأنا نقول بموجبه وعن الثالث بأن خيار العيب لم يكن للغبن بل لاقتضاء البيع السلامة وبأن العيب يستوى فيه الموجود عند العقد والحادث قبل القبض وههنا لاخيار إذا حدث نقصان القيمة قبل القبض اتفاقا بأن العيب لافرق فيه بين الثلث أو أقل أو أكثر وهم لايقولون به هنا وقد قال أصحابنا يكره غبن المسترسل واطلاق الكراهة فى ذلك محمول على ما اذا لم يستنصحه المسترسل أما إذا استنصحه فيجب نصحه ويصير غبنه إذ ذاك خديعة محرمة هكذا اعتقده من غير نقل والمنقول عن مذهبنا

وان كانت فى الذمة لزمه (ومنها) إذا استأجر نساخا ليكتب له بين عدد الاوراق والاسطر فى كل صحيفة ولم يتعرضوا للتقدير بالمدة والقياس جوازه وأن يجب عند تقدير العمل بيان قدر الحواشى والقطع الذي يكتب فيه ٭

﴿ فرع ﴾ يجوز الاستئجار لاستيفاء الحد والقصاص خلافا لابى حنيفة فى قصاص النفس ٭

﴿ فرع ﴾ يجوز الاستئجار لنقل الميتة عن الدار الى المزبلة والخمر للاراقة وهل يجوز نقل الخمر من بيت إلى بيت خلافا لابى حنيفة ٭

ومذهب أبي حنيفة من القول بلزم العقد لعله لاينافى التحريم أو محمول على ماإذا لم يستنصحه كما تقدم (قال) ابن المنذر وقال بعضهم كل بيع باعه رجل من مسترسل و أختدعه فيه أو كذبه فالمشترى فى ذلك بالخيار إذا تبين له ذلك *

(فرع) فيما نتوهم أنه عيب وليس بعيب لارد فيه فكون الرقيق رطن الكلام أو غليظ الصوت أو يسيء الأدب أو ولد زنا خلافا لأبي ثور وسواء أ كان مجلوا أو مولدا خلافا لأبي حنيفة ولا بكونه يقتل النفس أو بطيء الحركة أو فاسد الرأي أو حجاما أو أكولا أو قليل الأكل بخلاف الدابة فى قلة الاكل بحيث ترد وعن القاضى حسين إلا أن تكون قلة أكل العبد لعلة ولا يحتاج إلى ذلك لأن تلك العلة كافية فى الرد ولا بكون الامة عقيما و كون العبد عنينا وعن الصيمرى اثبات الرد بالتعنين وهو الاصح عند الامام ولا يكون الرقيق ممن يعتق على المشترى ولا تكون الامة أخته أو غيرها ممن يحرم عليه من الرضاعة أو النسب كما قاله القاضى حسين والماوردى والبغوي وغيرهم أو المصاهرة كابنة امرأته أو موطوءة أبيه أو ابنه بخلاف المحرمة والمعتدة لان التحريم هناك عام فتقل الرغبة وهنا خاص به وفى وجه رواه ابن كج يلحق مانحن فيه بالمحرمة والمعتدة حكاه الروياني فى موطوءة الاب وضعفه وقد تقدم عن الصيمرى اثبات الخيار فيما إذا بان أن العبد أخو المشترى أوعمه وقياسه بغير شك أن يقول هنا فيما إذا بانت أخته من النسب بالخيار وهو موافق فى الرضاع على عدم الخيار و كذلك فى المصاهرة ولا أثر لكونها صائمة على الصحيح وفيه وجه (قال) الرافعى ضعيف ثمرة وقال النووى باطل *ولو وجد العبد فاسقا قال الروياني لاخيار بالاجماع قال ذلك عند الكلام مع الحنيفية فى الكفر وينبغي أن يقيد ذلك فان من أسباب الفسق مايرد به وقد تقدم كثير منه قال ابن الرفعة إنه إذا كان العبد مرتدا حال العقد وقد تاب قبل العلم لايرد به على المذهب يعني فى ارتفاع العيب قبل العلم به وفيه نظر لان ذلك قد ينفر عنه لتوهم سوء سريرته والاولى ماقاله فى الحاوي فى كتاب الرهن ان ذلك عيب فى الحال قال ابن الرفعة بعد حكاية ذلك وأما اذا قلنا انه ليس بعيب فهل له الرد به فيه وجهان وهذا كلام عجيب كيف يكون له الرد بما ليس بعيب* ولو اشترى شيئا فبان أن بائعه باعه بوكالة أو وصاية أو ولاية أو أمانة حاكم فهل له الرد لخطر فساد النيابة فيه وجهان حكاهما الماوردى قال النووى (الأصح) لارد *ولو اشترى شقصا من عقار على ظنه أن الباقى للبائع فبان

قال (أما الاراضى) فما يطلب للسكني يرى المستأجر مواضع الفرض فينظر فى الحمام إلى البيوت و بئر الماء ومسقط القماش والاتون والوقود ويعرف قدر المنفعة بالمدة * فان أجرسنة فذلك * فان زاد فالاصح (و) أنه جائز ولا ضبط فيه قولان آخران * (أحدهما) أنه لايزاد على السنة لانه

أنه لغيره وان له الشفعة فلا خيار له لعدم الضرر على تقدير الأخذ أو الترك قال المتولى ولو كان الرقيق أصلع قال القاضي حسين فلا رد بخلاف الأقرع وفيه نظر وقد تقدم بأنه لارد بكون الرقيق في ذمته مال وكذلك قاله الماوردى قال وقال العرقيون له الردوليس بصحيح وأراد بالعرقيين أباحنيفة وأصحابه فنبهت على ذلك لئلا يتوهم من لامعرفة له أنهم العراقيون من أصحابنا * ولو اشتري فلوساً فكسرت قبل القبض ومنع السلطان المعاملة بها لم ينفسخ العقد خلافا لأبى حنيفة قاله فى العدة ونقله العمرانى عنه فهذه جملة مما يرد به ومالا يرد ولم أذكر منها شيئا إلا منقولا ولا سبيل إلى حصولها وفى الضابط المتقدم كفاية *

* قال المصنف رحمه الله تعالي *

{ وان اشترى عبدا بشرط أنه كاتب فوجده غير كاتب أو على أنه يحسن صنعةفوجدهلايحسن ثبت له الرد لأنه أنقص مما شرط فجاز له الرد } *

{ الشرح } هذا الفصل للسبب الثالث من أسباب الخيار وهو الخلاف الظن بالالتزام الشرطى والغزالى يرى أنه الاصل للسببين الماضيين وهما التغرير الفعلي والقضاء العرى وقد تقدم الكلام فى ذلك وقد بنى المصنف كلامه على صحة البيع مع خلف الشرط وذلك هو المشهور عندنا وعند جمهور العلماء وقد تقدم أن الخطابى حكى قولا غريبا أن الخلف فى الشرط يوجب فساد البيع والتفريع على المشهور فاذا شرط أنه كاتب أو يحسن صنعة فخرج بخلاف ذلك ثبت له الرد وقول المصنف لأنه أنقص مما شرط أى فصار كالعيب الذى يخرج أنقص ما اقتضاه العرف ولهذا يعبر الغزالى وغيره بخيار النقيصة فى الاسباب الثلاثة المذكورة فى هذا الباب واكتفى المصنف بالامثلة عن الضابط وقد ذكر الامام والغزالى والرافعى ضابطا واختلفت عباراتهم فيه وجملته أن الصفات على ثلاثة أقسام (الاول) التى تتعلق بها زيادة مالية يصح التزامها و يثبت الخيار بالخلف فيها (الثانى) مايتعلق بها غرض صحيح غير المال والخلف فيها يثبت الخيار وفاقا أو على خلاف فيه وذلك تحت قوة الغرض وضعفه هكذا قال الرافعى وأطلق الامام والغزالى جريان الخلاف فى هذا القسم (والثالث) مالاتتعلق به مالية ولاغرض مقصود فاشتراطه لغو ولا خيار بفقده وأجاد النووى فى الروضة فجعلها قسمين (أحدهما) يتعلق به غرض مقصود والخلف فيه يثبت الخيار وفاقا اوعلى خلاف (والثاني) لايتعلق به غرض مقصود

مقيد بالحاجة * (والثانى) أنه لايزاد على ثلاثين سنة * ولو آجر سنين ولم يقدر حصة كل سنة من الاجرة فالاصح (و) الجواز كما فى الاشهر من سنة واحدة * ولو قال آجرتك شهراً بدرهم وما زاد فبحسابه فهو فاسد إذ لم يقدر جملته * وقيل أنه يصح فى الشهر الاول و يفسد فى الباقى } *

فاشتراطه لغو وهذه العبارة أولي فانه ق . يفوت الغرض دون المال ويثبت الخيار قطعا ويفوت المال دون الغرض فيجرى الخلاف كما يأتى فى الخصى والفحل فالمعتبر الغرض وبفوته يحصل الوفاق وبضعفه يحصل الخلاف وبانتفائه بالكلية يقطع بعدم الخيار ومسائل الفصل منزلة على هذا الضابط فالمثالان اللذان ذكرهما المصنف هنا من القسم الاول يفوت بهما مالية وغرض قوى وكذلك لاخلاف فيهما قال الاصحاب ويكفى أن يوجد من الصفة المذكورة ماينطلق عليه الاسم ولا يشترط النهاية فيها بقى شرط الكتابة عند الاطلاق يكفى اسم الكتابة وان لم يكن مستحسنا * ولو شرط حسن الخط فان كان غير مستحسن فى العادة فله الخيار وان كان مستحسنا فلا خيار له قال صاحب التتمة والكلام فى كون هذا الخيار على الفور وفى كيفية الفور على ماتقدم فى العيب سواء * ممن صرح بهذا صاحب التهذيب وان اختلفا فقال المشترى اشتريت بشرط الكتابة وأنكر البائع تحالفا وقيل القول قول البائع مع يمينه قاله فى التهذيب *

(فرع) قال القاضي حسين ولو شرط انه حجام فاخلف ثبت الخيار وان كان صادقا فى جملة الحرف غير الحجامة (واعلم) أن هذا الفرع الذى ذكره القاضى يحتمل أن يكون مجزوما به ويدل ذلك على أنه لا عبرة بزيادة المالية من جهة أخرى مع فواتها من الجهة المشروطة وكذلك شرط الكتابة قد يخالف ويكون متصفا بصفات تزيد على قيمة الكتابة فلا يمنع ذلك من قولنا انه فات غرض ومالية على أنى نبهت أن الاجود اعتبار قوة الغرض وضعفه دون اعتبار المال والغرض قد يتعلق بصفة ولا يقوم غيرها مقامها وان كان أفضل منها من جهة أخرى *

* قال المصنف رحمه الله تعالى *

(وان اشتراه على أنه فحل فوجده خصيا ثبت له الرد لان الخصى أنقص من الفحل فى الخلقة والبطش والقوة وان شرط أنه خصى فوجده فحلا ثبت له الرد لان الفحل دون الخصى فى الثمن والدخول إلى الحرم)*

(الشرح) المسألة الاولى لاخلاف فيها لفوات الغرض القوى وإن تأدت المالية قال القاضى حسين وان كانت قيمته أضعاف قيمة الفحل ولا فرق فى ذلك بين العبد وغيره من الحيوان والثانية ذكر الرافعى عن أبى الحسن العبادي أنه لارد فيها لان الفحولة فضيلة والصحيح ماذكره المصنف بفوات

(النوع الثاني) العقارات وتستأجر لاغراض منها السكني فاذا استأجر دارا وجب أن يعرف موضعها وكيفية ابنيتها لاختلاف الغرض باختلافها وفى الحمام يعرف البيوت والبئر التي يسقى منها ماؤه والقدر التي يسخن فيها والاتون وهو موضع الوقود ومبسط القماش والذي يجمع للاتون من

للمال والغرض جميعا وجريان الخلاف فيها مع فوات المال يدل لما قدمته من حسن عبارة النووى وأنه ليس كل ماتفوت به مالية تقطع فيه بثبوت الخيار بل قد يفوت المال مع جريان الخلاف كما فى هذه الصورة وقد لايفوت المال ويحصل الوفاق كما فى الصورة الاولى وكلام المصنف يشعر بانه يرى جواز دخول الخصى على الحرم والذى قاله الرافعى فى كتاب النكاح فى النظر إن الخصى الذى بقى ذكره والمجبوب الذى بقى انثياه كالفحل وفى الممسوح (وجهان) الا كثرون انه كالمحرم فعلى هذا ماذكره المصنف من أن الفحل دون الخصى فى الدخول على الحرم والا فهو ضعف فى العمل فان كان المصنف اطلق الخصى على الممسوح استمر كلامه وكذلك غيره من الاصحاب حيث اطلق هذا الحكم والا فمتى شرط أنه خصى بالمعنى المذكور فى كتاب النكاح فبان فحلا ينبغى أن لايثبت الرد لأنه لم يفت غرض (والظاهر) أن المصنف والأصحاب هنا إنما أرادوا بالخصى هنا الممسوح لانه فى العرف يطلق عليه كثيرا *

* قال المصنف رحمه الله تعالى *

﴿ وان اشتراه على أنه مسلم فوجده كافرا ثبت له الرد لان الكافر دون المسلم فى الدين ﴾ *

﴿ الشرح ﴾ هذه أيضا لاخلاف فيها لفوات الغرض المقصود القوى وان كانت المالية قد لاتفوت بل تكون أكثر كما إذا شرط انه فحل فخرج خصيا وكذا لوشرط تهود الجارية أو تنصرها فبانت مجوسية قاله المتولى والرافعى * لو اشتراه على أنه مجوسى فكان يهوديا قال الرويانى يثبت الخيار وقيل إن كانت لاتنتقص قيمته فى العادة لاخيار وان كانت تنقص بأن كانت الغلب المجوس فى تلك الناحية ثبت الخيار وهو قول صاحب التتمة ولا فرق فى هذا الفصل بين العبد والأمة *

* قال المصنف رحمه الله تعالى *

﴿ وان اشتراه على أنه كافر فوجده مسلما ثبت له الرد وقال المزنى لايثبت له الرد لان المسلم أفضل من الكافر وهذا لايصح لان المسلم أفضل فى الدين إلا أن الكافر أكثر ثمنا لانه يرغب فيه المسلم والكافر والمسلم لايشتريه الكافر ﴾ *

السرجين ونحوه والموضع الذى يجمع فيه الزبل والوقود ومطرح الرماد والمستنقع الذى يجمع فيه الماء الخارج من الحمام وعلى هذا قياس سائر المساكن (وقوله) فى الكتاب يرى المستأجر مواضع الغرض فينظر فى الحمام مبني على أن اجارة الغائب لاتجوز (أما) إذا جوزناها فلا تعتبر الرؤية بل يكفى الذكر (وقوله) ومبسط القماش والأتون والوقود الوجه تقدم لفظ الوقود ليصير المعنى ومبسط القماش وموضع الوقود والأتون وهذا لفظه فى الوسيط فاما نفس الوقود فلا حاجة الى رؤيته ولا هو

(الشرح) المذهب ثبوت الرد فى ذلك وبه قال احمد لا لنقيصة ظهرت ولكن لانه قد يكون غرضه التجارة ومالية الكافر أكثر لما ذكره المصنف وما نقله عن المزنى نقله عنه القاضى أبو الطيب وغيره وبه قال أبو حنيفة ومن أصحابنا من وافق المزنى فى ذلك ورأى مذهبه قولا مخرجا معدودا من المذهب وحكى ذلك الامام فى كتاب النكاح وهناك تكلم المزنى عليها فى المختصر * وان تزوجها على أنها كتابية فاذا هى مسلمة لم يكن له فسخ النكاح لانها خير من الكتابية قال المزنى هذا يدل على أن الامة اذا اشتراها على أنها نصرانية فاذا هى مسلمة لاخيار وإذا اشتراها على أنها مسلمة فاذا هى نصرانية له أن يردها فى قياس قول الشافعى وفى المسألة وجه ثالث انه ان كان قريبا من بلاد الكفر أو فى ناحية أغلب أهلها الذميون ثبت الخيار والا فلا وهو اختيار القاضى حسين وحمل كلام الشافعى على ذلك وقد جمع الامام الاوجه الثلاثة فى كتاب النكاح وذكر الامام فى الانتصار لقول المزنى أن القيمة ان كانت تزيد من وجه رغبة الكفار فتلك رغبة باطلة مستندها الكفر وتحسينه واعتقاد كونه حقا فيكاد أن تكون تلك الزيادة بمثابة ثمن الخمر قال الامام وبقية الكلام أن هذا العبد لو أتلف فمذهب جماهير الاصحاب أنه يجب على المتلف أن يغرم قيمته اعتبارا بما بطلت به وان كانت بأكثر مما يشترى به المسلم وذهب المزنى ومن يوافقه الى أن الزائد لا يضمن لما أشرنا اليه وهو بمثابة ازدياد قيمة الجارية بان تعتبر عوادة فلا يكاد يخفى أن القيمة تزداد فى المغنية فى العادة ضعف ما تكون الجارية الناسكة ومن اشتراها لم يعترض عليه فان الشراء يرد على عينها ولكن لو أتلفت لم يضمن متلفها إلا قيمة مثلها لو كانت لا تحسن الغناء هذا كلام الامام فى كتاب المنهاج مع أنه فى كتاب البيع استبعد القول بعدم ثبوت الخيار مطلقا كما هو مذهب المزنى واختار الوجه الثالث وما ذكره فى الانتصار لقول المزنى جوابه أن زيادة قيمة الكافر ليست للرغبة فى كفره بل لكثرة طلابه فان المسلم لا يتمكن الكافر من شرائه * ثم قال الامام هنا إن هذا إذا كان الكافر أكثر قيمة فان لم يكن الأمر كذلك فخلف الشرط فيه بمثابة خلف الشرط فى الثيابة والبكارة والجودة والتوسط وهذا كأنه قال على ما اختاره ويحتمل أن يكون تقييدا للمسألة وجريان الخلاف فيها *

﴿ فرع ﴾ هذه المسألة أيضا مما يشهد لرجحان عبارة النووى على عبارة الرافعى وغيره لجريان الخلاف فيها مع فوات الغرض المتعلق بزيادة ماليته ووجه جريان الخلاف فيها ضعف الغرض عند المزنى

داخل فى بيع الحمام واجارتها كالأزر والاسطال والحبل والدلو وذكر فى الشامل فى رؤية قدر الحمام انه اما أن يشاهد داخلها من الحمام أو ظاهرها من الأتون والقياس على اعتبار الرؤية أن يشاهد الوجهين عند الامكان كما تعتبر مشاهدة وجهي الثوب وفى شرح المفتاح أنه لابد من ذكر عدد السكان من الرجال والنساء والصبيان ثم لا يمتنع دخول زائر وضيف وان بات فيه ليالى فى اجارة الدار ولابد من تقدير هذه المنفعة بالمدة * ولما كانت منافع هذه العقارات لا تتقدر إلا بالمدة كما ذكرنا

وانجباره بالنسبة إلى مافى الاسلام من الفضل والكلام والخلاف فى هذه المسألة يقرب من الخلاف فيما إذا شرط أنه خصى فوجده فحلا والخلاف هناك أبو الحسن العبادى فيحتمل أن يكون العبادى يوافق المزنى هنا والمزنى يوافقه هناك ويحتمل أن لايكون كذلك ويفرق كل منهما (أما) العبادى فان الخصاء عيب عند الاطلاق ففواته كمال والكفر عند الاطلاق لايرد به (وأما) المزنى فلأن فضيلة الاسلام عظيمة لايوازنها شىء فيجبر مافات من الغرض المالى اليسير بخلاف الفحولة فان الغرض فيها وفى الخصاء متقاربان فيتبع ماشرطه *

﴿ فرع ﴾ الفرق بين البيع والنكاح حيث لم يثبت الخيار فى النكاح على الاصح ان النكاح بعيد عن قبول الخيار ولهذا لم يثبت فيه خيار المجلس ولا خيار الشرط وهذا الفرق إنما يحتاج اليه إذا قلنا بصحة النكاح وهو الاظهر * ولنا قول آخر أنه غير صحيح لاعتماد الصفات فتنتفى المسألة *

﴿ فرع ﴾ صورة مسألة الكتاب فيما إذا كان المشترى مسلما والبائع مسلما فلو كان المشترى كافراً اكتفت على شراء الكافر للمسلم (والأصح) فساده *ولو كان البائع كافراً ففى رد العبد المسلم عليه بالعيب خلاف (الأصح) جوازه فيأتى فيه أيضا *

* قال المصنف رحمه الله تعالى *

﴿ وان اشترى جارية على أنها بكر فوجدها ثيبا ثبت له الرد لان الثيب دون البكر ﴾*

(الشرح) هذا لاخلاف فيه لفوات الغرض ونقصان المالية وهى من القسم الاول لشرط الكتابة وحسن الصنعة والمشهور أنه لافرق بين أن تكون الجارية المشتراة بهذا الشرط مزوجة أوغير مزوجة وعن أبى الحسين أن أبا اسحق قال لاخيار إذا كانت مزوجة لانها وإن كانت بكراً فالافتضاض مستحق للزوج ولا غرض للمشترى فى بكارتها (والصحيح) الاول لان الزوج قد يطلقها أو يموت فيحصل له ذلك *

* قال المصنف رحمه الله تعالى *

﴿ وان اشتراها على أنها ثيب فوجدها بكرا لم يثبت له الرد لان البكر أفضل من الثيب ومن أصحابنا من قال يثبت له الرد لانه قد يكون ضعيفا لايطيق وطء البكر فكانت الثيب أحب اليه والمذهب الاول لانه لا اعتبار بما عنده وإنما الاعتبار بما يزيد فى الثمن والبكر أفضل من الثيب فى الثمن ﴾*

(الشرح) القول بانه لايثبت الرد وهو الاصح عند القاضى أبى الطيب والرافعى وغيرهم والوجه الآخر مستنده ماذكره المصنف وهذه المسألة الفائت فيها الغرض دون المالية فهى تشارك فى ذلك شرط

فى الفصل السابق تكلم فى مدة الاجارة فى هذا الموضع وفيها مسائل (احداها) فى إجارة الشىء أكثر من سنة قولان (أحدهما) المنع لان الاجارة عقد على معدوم جوز رخصته للحاجة والحاجة تندفع بالتجويز سنة لانها مدة تنتظم الفصول وتتكرر فيها الزروع والثمار والمنافع بتكرر تكررها

الفحولة والاسلام لكن فى تينك المسألتين لاخلاف أن الخلف مثبت الخيار لقوة الغرض وههنا الغرض ضعيف فانه خاص به وليس بعام وكان شرطه السبوطة فى الشعر أو البياض فيخرج جعداً أو اسود فى كل منهما خلاف كمسألتنا هذه ـ الصحيح أنه لارد فى المسائل الثلاث ـ كما لو شرط كون العبد أميا فبان كاتبا أو كونه فاسقا فبان عفيفا * ولو شرط الجعود أو السواد فبان سبطا أو أبيض فثبت الخيار وجها واحدا * ولو شرط البكارة فبانت ثيبا وان استنكرت اشتراط الجعود وغيرها فى الشعر من جهة أن الشعر يجب رؤيته (فالجواب) عنه قد تقدم فى أول الباب عند قول المصنف إذا اشترى جارية وقد جعد شعرها ثم بان أنها سبطة ولو أنه اشترى على أنه عدل فبان فاسقا ثبت الخيار وعكسه لاخيار بلا خلاف قاله الرويانى *

﴿ فرع ﴾ لو شرط كونه مختونا فبان اقلف فله الرد وبالعكس لارد قال فى التتمة الا أن يكون العبد مجوسيا وهناك مجوس يشترون الاقلف بزيادة فله الرد وقد تقدم هذا وسؤال عليه قريبا ولو شرط كونه أحمق أو ناقص الخلقة فهو لغو وهو من القسم الأخير الذى لامالية فيه ولا غرض مقصود *

﴿ فرع ﴾ إذا ظهر الخلف فى الصفة المشترطة وقد تقدم فسخ العقد بهلاك أو حدوث عيب فله أخذ الأرش على التفصيل الذى تقدم قاله صاحب التتمة *

* قال المصنف رحمه الله تعالى *

﴿ وان باعه حيوانا على أنه بغل فوجده حمارا أو على أنه حمار فوجده بغلا ففيه وجهان (أحدهما) أن البيع صحيح لأن العقد وقع على العين والعين موجودة فصح البيع وثبت له الرد لانه لم يجده على ماشرط (والثانى) أن البيع باطل لان العقد وقع على جنس فلا ينعقد فى جنس آخر ﴾ *

﴿ الشرح ﴾ الشروط المتقدمة كانت فى الصفات ولا شك أن تبدل الصفة والخلف أسهل من ذلك فى الجنس فذكر المصنف هنا اشتراط الجنس ومثل بالمثالين المذكورين ليعلم أنه لافرق بين أن يجده أعلى من الجنس الذى شرطه أو دونه وفيها جميعا وجهان وقد حكيتها وأطلقت الكلام فيها فى باب الربا فى الصرف العين (والمذهب) الصحيح المنصوص البطلان ـ والوجه الآخر محكى عن صاحب الافصاح * ولو باعه على أنه ذكر فبان أنه جارية قال العمرانى فى الزوائد صح البيع وله الخيار فى أحد الوجهين (وقال) أبو حنيفة لاينعقد وقد سبق فى باب الربا عن الماوردى البطلان وذكر الرافعى فى كتاب النكاح فيما إذا قال بعتك فرسى هذا وهو بغل ان الظاهر الصحة وهو يخالف ماقدمناه فى باب الربا وكذلك قال عن الرويانى فى البحر أنه لو قال زوجتك هذا الغلام وأشار إلى ابنته صح النكاح * ولو باعه عبدا على

(وأصحهما) الجواز كما يجوز الجمع فى البيع بين أعيان كثيرة وهذا ما أجاب به فى المختصر فقال وله أن يؤجر داره وعبده ثلاثين سنة وعلى هذا فطريقان (أحدهما) أن المسألة على قولين (أحدهما) أنه لايجوز الزيادة على ثلاثين سنة لانها نصف العمر والغالب ظهور التغيير على الشىء بمضى هذه

أنه تركي فاذا هو من جنس آخر فهو من أختلاف الوصف فالبيع صحيح قاله الامام فى باب بيع الغرر * إذا عرف ذلك (فان قلنا) فى اختلاف الجنس بالبطلان فلا كلام (وان قلنا) العقد صحيح وثبت الخيار فقد أطلقوا ذلك سواء أكان ذلك أجود أم أردأ كما نبه المصنف بالمثالين عليه * ولو قيل إنه إذا خرج أجود يكون كما لو شرط أنها ثيب فخرجت بكرا لم يبعد لأن القول هذا على الاجناس والصفات *

* قال المصنف رحمه الله تعالى *

﴿ وان اشترى ثوبا أو أرضا على أنه عشرة أذرع فوجده تسعة فهو بالخيار بين أن يأخذه بجميع الثمن وبين أن يرده لانه دخل فى العقد عن أن تسلم له العشرة ولم تسلم له فثبت له الخيار كما لو وجد بالبيع عيبا وان وجده أحد عشر ذراعا ففيه وجهان (أحدهما) أن البائع بالخيار بين أن يفسخ البيع وبين أن يسلمه بالثمن ويجبر المشترى على قبوله كما أجبرنا البائع اذا كان دون العشرة (والثانى) أن البيع باطل لانه لا يمكن اجبار البائع على تسليم مازاد على عشرة ولا اجبار المشترى على الرضا بما دون الثوب والمساحة من الارض لانه لم يرض بالشركة والتبعيض فوجد أن يبطل العقد فان اشترى صبرة على أنها مائة قفيز فوجدها دون المائة فهو بالخيار بين أن يفسخ لانه لم يسلم له ماشرط وبين أن يأخذ الموجود بحصته من الثمن لانه يمكن قسمة الثمن على الاجزاء لتساويها فى القيمة ويخالف الثوب والارض لان أجزاءها مختلفة فلا يمكن قسمة الثمن على أجزائها لانا لا نعلم كم قيمة الذراع الناقصة لو كانت موجودة لنسقطها من الثمن وان وجد الصبرة أكثر من مائة قفيز أخذ المائة بالثمن وترك الزيادة لانه يمكن أخذ ماعقد عليه من غير اضرار ﴾ *

﴿ الشرح ﴾ الذراع فيه لغتان التذكير والتأنيث كما ذكره جماعة من أهل اللغة (وقال) سيبويه الذراع مؤنثة فعلى لغة التذكير جاء قول المصنف عشرة أذرع فوجده تسعة وعلى لغة التأنيث عشر أذرع فوجده تسعا * أما الأحكام فاعلم أنه تقدم الكلام فى خلف الشرط فى الصفة والجنس والكلام الآن فى المقدار وذكر المصنف فيه قسمين (أحدهما) مايكون قسمة الثمن على المبيع فيه بالقيمة (والثانى) مايكون بالاجزاء وقدم كلا من القسمين إلى مايحصل الخلف فيه بالنقصان وإلى مايحصل بالزيادة فهى أربع مسائل وطريقة العراقيين فى ذلك تحتاج الى تأويل وفكر * وأنا ان شاء الله تعالى أذكر طريقهم وطريق غيرهم فى ذلك ثم أبين وجه الاشكال ثم أردفه بما ييسره الله تعالى (الطريقة الأولى) التى ذكرها المصنف وجمهور العراقيين منهم القاضى أبو الطيب القطع بالصحة فى حالة النقصان فى المتقوم والمثلى مع ثبوت الخيار للمشترى والقطع بالصحة فى حالة الزيادة فى المثلى فى القدر المشروط خاصة بلا خيار

المدة فلا حاجة إلى تجويز الزيادة عليها (وأصحهما) انه لا تقدر كما لا تقدر فى الاعيان المختلفة فى البيع (والطريق الثانى) القطع بالقول الثانى وحمل ماذكره للمزنى على التمثيل لكثرة لا التحديد وعلى هذا فهل من ضابط (قال) معظم الاصحاب يجب أن تكون المدة بحيث يبقى اليها ذلك الشيء

والتردد فى الزيادة فى حالة المقوم هل يصح ويكون للبائع الخيار وهو الأصح أو يبطل وهذه الطريقة هى التى أوردها القاضى حسين فى آخر باب الشرط الذى يفسد البيع وفرضها فى الثوب خاصة وصححها الشاشى وعلى هذه الطريقة الصحة فى القدر المشروط من المثلى بحصته من الثمن قولا واحدا * وأما المتقوم فجمهورهم على أنه اذا أجاز يجيز بجميع الثمن واختلف كلام القاضى أبى الطيب ففى التعليق وافق ذلك وفى المجرد قال يجب بالقسط قال ابن الصباغ والأول أصح (الطريقة الثانية) ذكرها الشيخ أبو حامد ولم يصرح بها إلا فى الثوب خاصة * قال لو قال بعتك هذا الثوب وهو عشر أذرع فخرج تسعا ثبت الخيار للمشترى فى أن يمسك بكل الثمن أو يرد ولو خرج أحد عشر فالمنصوص أن الخيار يثبت للبائع ومن أصحابنا من خرج ههنا قولا آخر أن البيع يبطل وهذا اذا قال له بعتك هذا الثوب وهو عشر أذرع وأما اذا قال بعتك على أنه عشر أذرع فخرج تسعا أو احدى عشرة ففى صحة البيع قولان كما لو تزوجها على أنها بكر فخرجت ثيبا هكذا رأيته فى تعليقته التى عندى بخط مسلم الدارى تلميذه مع أن الذى فى التجريد للمحاملى يوافق ماذكره المصنف والجمهور والتجريد مأخوذ من تعليقة البندنيجى عنه *(الطريقة الثالثة)* طريقة صاحب التقريب والخراسانيين والقاضى حسين على ماذكرته فى باب الربا والشيخ أبو محمد والامام والغزالى والرافعى اطلاق الخلاف فى حالتى النقصان والزيادة فى المتقوم والمثلى وفرضها الامام فى الأرض والقاضى حسين فى الصبرة والغزالى فى الصبرة أيضا والرافعى فى الارض ثم قال ويقال بهذه المسألة ماذا باع الثوب على أنه عشر أذرع أو القطيع على أنه عشرون شاة أو الصبرة على أنها ثلاثون صاعا وحصل نقص أو زيادة ومعهم من يحكى الخلاف فى ذلك وجهين وأكثرهم يحكيه قولين (وأظهرهما) عندهم الصحة تغليبا للاشارة وتنزيلا لخلف الشرط فى المقدار منزلة خلفه فى الصفات وبهذا قال أبو حنيفة (والثانى) أن البيع باطل لان قضية قوله بعتك هذه الارض أن لايكون غيرها مبيعا وقضية الشرط أن تدخل الزيادة فى البيع فوقع التضاد وتعذر التصحيح فعلى طريقة هؤلاء (ان قلنا) بالبطلان فذاك (وان قلنا) بالصحة ففى حالة النقصان أن يكون الخيار للمشترى واذا أجاز فهل يجيز بجميع الثمن أو بالقسط فيه قولان (أظهرهما) هنا الاول بخلاف نظائره من تفريق الصفقة وفى حالة الزيادة اختلف هؤلاء فى الصبرة هل تكون الزيادة للبائع أو للمشترى على وجهين حكاهما صاحب التتمة وغيره واقتضاء كلام صاحب التتمة التسوية بين الارض وبينها لكن فى كون الزيادة للبائع فى مسألة الارض والثوب أشكال لابهام المبيع وسيأتى فى كلام الماوردى مايدفع هذا

غالبا فلا يؤجر العبد أكثر من ثلاثين سنة والدابة إلى عشر سنين والثوب إلى سنتين أو سنة على مايليق به والاراضى إلى مائة أو أكثر وفى كتاب القاضى ابن كج أن العبد يؤجر إلى مائة وعشرين سنة من عمره (وقال) بعضهم يصح وان كانت المدة بحيث لاتبقى اليها العين فى الغالب اعتمادا على أن الاصل الدوام والاستمرار فان هلك بعارض فهو كانهدام الدار ونحوه فى المدة وحاصل هذا الترتيب

الاشكال وينبغى أنه يحمل على الاشاعة لكنه مشكل من جهه اخرى فاذا قلنا الزيادة للبائع فى مسألة الصبرة أو فى الجميع ان أمكن القول به فهل للمشترى خيار وجهان (أحدهما) نعم لأنه لم يسلم له المشار اليه (والثانى) لا لأنه شرط عشرة وقد سلمت له وهذا موافق لما قاله المصنف فى الصبرة (وان قلنا) الزيادة للمشترى فلا خيار له ولم يذكر الرافعى غير هذا وهل يثبت الخيار للبائع فيه وجهان (أصحهما) نعم وهذا هو القول الاول الذى ذكره المصنف فى الثوب والارض فى حالة الزيادة وهو الذى صححه فيها ابن ابى عصرون وغيره فاذا أجاز كانت كلها للمشترى ويطالبه للزيادة بشىء (والثانى) واختاره صاحب التهذيب أنه لاخيار للبائع ويصح البيع فى الجميع بجميع الثمن وينزل شرطه منزلة شرط كون المبيع جيفا فيخرج سليما لاخيار له فاذا قلنا بالصحيح فقال المشترى لايفسخ فأنا أقنع بالقدر المشروط شائعا ولك الزيادة فقد حكى صاحب التقريب فى ذلك قولين وحكاها غيره وجهين (أظهرهما) أنه لايسقط ورجح ابن سريج السقوط فى جوابات الجامع الصغير لمحمد ولو قال لاتفسخ حتى أزيدك فى الثمن لما زاد لم يكن له ذلك ولم يسقط به خيار البائع بلاخلاف هذا تهذيب الطرق المنقولة * وأما بيان الاشكال والترجيح بين الطرق فيتوقف على مقدمات (أحدها) أن هذه المسألة يتجاوز بها أربعة أصول مستفادة من كلام الامام رحمه الله فى باب النهى عن بيع الغرر (أحدها) خلف شرط جنس المبيع والصحيح البطلان (والثانى) خلف شرط الوصف فيه والتفريع على الصحة ولاتفريع على القول القريب الذى حكاه الحناطى (والثالث) خلف شرط الصفة فى النكاح وفيه قولان (أظهرهما) الصحة (والرابع) تفريق الصفقة من جهة الحاق القدر بالجزء على ماسأبينه (الثانية) أن الغرض المتعلق بجنس المبيع قوى جدا فان الجنس هو الاصل والمقادير والاوصاف تطرأ عليه وتزول فاذا اخلف فالصحيح البطلان لفوات مورد العقد وليس ذلك نظرا الى العبارة فقط بل لمجموع الاشارة والعبارة ودلالتهما على ماليس بموجود والتعليل الآخر ينظر الى الاشارة وحدها ويلغى العبارة وهو بعيد * واما الوصف فى المبيع فليس فى هذه الرتبة وان كان مقصودا ولكنه قد يطرح ويغتفر ومورد العقد هو الجنس المعين فلذلك عند فوات الوصف لم يبطل البيع * وأما المقدار فالغرض يتعلق به أكثر من الوصف وأقل من الجنس فهو متردد بينهما وله شبه بالجزء لأن المقدار يصح أن يكون موردا للعقد بخلاف الوصف وله شبه بالوصف فى النكاح من جهة أن الغرض الأعظم فى المنكوحة الأوصاف (الثالثة) قد عرفت بهذه المقدمة الثانية

أربعة أقوال التقدير لسنة التقدير بثلاثين سنة الضبط بمدة بقاء ذلك الشيء غالبا ومنع الضبط والتقدير من كل وجه (وقوله) فالاصح انه جائز ولا ضبط يجوز أن يحمل على ماقاله المعظم و يقال المعنى أنه لاضبط بعد كون المدة بحيث يبقى اليها الشىء ويجوز ان يجرى على ظاهره فيكون اختيارا للقول الرابع اختاره عن أصحاب الامام (وقوله) وفيه قولان آخران يجوز اعلامه بالواو للطريقة القاطعة لقول التقدير بالثلاثين (وقوله) لايزاد على السنة ولايزاد على ثلاثين سنة معلما بالحاء والميم والالف

انحطاط الغرض فى المقدار عن الجنس وذلك يوجب أن هذه المسألة أولى بالصحة من تلك ثم ان ألحقنا المقدار بالوصف فى المبيع اقتضى الصحة فى جميع الصور وانه عند ظهور الزيادة لايكون للبائع خيار كما قاله صاحب التهذيب وان ألحقناه بالوصف فى النكاح وجب أن يجرى الخلاف فى حالة النقصان فى المتقوم والمثلى وأن يصح حالة الزيادة فيهما من غير خيار والعراقيون قطعوا بالصحة حالة النقصان وقطعوا فى زيادة المثلى بالصحة وأن الزيادة للبائع وترددوا فى زيادة المتقوم وهذا السؤال كما أنه وارد على العراقيين هو وارد على الخرسانيين فى قول بعضهم ان الزيادة للبائع وقول بعضهم انها للمشترى وللبائع الخيار كما قاله الرافعى فان الوصف ليس هكذا بل اذا خرج زائدا كان للمشترى قطعا بغير خيار فما مشى على جعله كالوصف من كل وجه الا صاحب التهذيب على أنه يلزمه أن يقول عند النقصان انه اذا أجاز فى المثلى يجيز بكل الثمن وماأظنه يقول به وان ألحقنا المقدار بالجزء ففى حال النقصان قد اقتضى الشرط ادخال شىء مع الموجود فى البيع فكأنه باع موجودا ومعدوما فيتخرج على تفريق الصفقة وينبغى على هذا البطلان على الاصح فى تفريق الصفقة أنه اذا جمع بين معلوم ومجهول يبطل فان المعدوم لايعرف فيمنعه وفى حال الزيادة والاشارة شاملة للجميع والعبارة فى الشروط مخرجة للزائد فيبطل فيه — وفى الباقى قولا تفريق الصفقة وينبغى على هذا أنه فى المثلى يصح على الأصح وفى المتقوم يبطل الابهام فانه غير مميز ولا يمكن تقويمه وهذا أيضا وارد على العراقيين — أما العراقيون فظاهر لفظهم بالصحة فى الصور الثلاثة وتصحيحهم الصحة فى الصورة الثانية — وأما الخراسانيون فلأنهم يصححون الصحة فى الجميع مع اجراء الخلاف* وقال الامام بعد ذكره الاصول المذكورة إن خلف المقدار فى المبيع أولى بالخلاف من خلف الصفات فى النكاح (قال) والبيع أقبل للفساد بالشرط ثم قال الامام فالذى يقتضيه الترتيب بعد تمهيد ماذكرناه ترتيب مسألتنا فى الصحة والفساد على التفريق فى الصفقة وهذه المسألة أولى بالصحة وان رتبناها على خلف الصفات فى النكاح فمسألتنا أولى بالفساد قال والذى به الفتوى صحة البيع هذا كلام الامام وأما كلام الغزالى فانه اختار فى حال الزيادة التخريج على تفريق الصفقة وفى حالة النقصان التخريج على الاشارة والعبارة ومقتضى ذلك أنه عند الزيادة لايصح فى القدر الزائد قطعا ويصح فى الباقى على الاصح وهذا سيأتى له فى الصبرة وهي التى تكلم فيه أما المتقوم فلا يأتى على هذا التخريج الآن فساده كما تقدم — وأما تخريجه فى حالة النقصان على الاشارة والعبارة فالاشارة والعبارة مختلفة ففى الجنس اذا قال بعتك هذه الشاة وكانت بقرة الاصح البطلان والفتيا هنا على خلافه

لان عندهم لاتقدير وحكم الوقف في مدة الاجارة حكم الملك قال أبو سعيد المتولى الا ان الحكام اصطلحوا على منع اجارته اكثر من ثلاث سنين فى عقد واحد لئلا يندرس الوقف وهذا الاصطلاح غير مطرد وهو قريب مما حكوه عن ابى حنيفة فى منع إجارة الوقف اكثر من ثلاث سنين فى عقد واحد وفى أمالى أبى الفرج السرخسى ان المذهب منع اجارة الوقف اكثر من سنة اذا لم تمس اليها

وفى النكاح إذا قال زوجتك هذه عائشة فكانت فاطمة الأصح الصحة لكن مقتضاه أن يصح فى جميع الصبرة ولم يقولوا به على الأصح وقد استشكل الامام قول العراقيين وقال ذكر العراقيون هذه المسألة وحكموا بأن المساحة إذا نقصت عن المقدار المذكور صح البيع قولا واحدا وان زادت ففى صحة البيع قولان ولا يكاد يظهر فرق بين النقصان والزيادة وطرد صاحب التقريب وسيجىء القولان فى الصورتين (قلت) وهذا على ماهو المشهور عن العراقيين وقد تقدمت طريقة عن الشيخ أبى حامد بأحد القولين فى الصورتين فى الصيغة المصرحة بالشرط فهذا تلخيص الاشكال فى هذه المسألة وتلخيصه فى ثلاث إشكالات (أحدها) على المشهور عن العراقيين فى فرقهم بين النقصان والزيادة وهو سؤال الامام وفى فرقهم في الزيادة بين المتقوم والمثلي (الثانى) على الشيخ أبى حامد فى فرقه بين أن يقول إنها عشرة أذرع فيجرى القولان وبين أن يقول وهى عشرة أذرع فيفرق بين النقصان والزيادة وان كانت هذه الصيغة شرطا فينبغى الخلاف فيها أولا فلا ينبغى الخلاف فيهما (الثالث) عليهم وعلى الامام والخراسانيين أو زيادة الصبرة تكون عند بعضهم للبائع وقول الرافعى وبعضهم إنها للمشتري وللبائع الخيار وعلى الامام أعظم حيث اختار التخريج على تفريق الصفقة ومع ذلك اختار الفتوي بالصحة مطلقا وقد عرفت أن التخريج فى بعض الصور يقتضى خلاف ذلك وصاحب التهذيب سالم من هذه الاشكالات لكن قوله مخالف للاكثرين * إذا عرفت هذا فنقول إن الشافعى رحمه الله نص في البويطى على مانقله القاضي أبو الطيب وغيره من الأصحاب على أنه إذا اشترى صبرة على أنها مائة كر فلم يصب إلا خمسين فهو مخير ان شاء أخذها بحصتها وان شاء فسخ البيع فهذا النص يرد القول بالبطلان ويقتضى الصحة إما قطعا كما قال العراقيون وإما أنه الراجح ويقتضى أيضا رد القول بأنه يخير بكل الثمن فى المثلى كما يقتضيه اطلاق الرافعى ومن تقدمه من الخراسانيين فمن جهة اقتضائه الصحة يرد القولين بتخريجه على تفريق الصفقة والقول بالنظر إلى العبارة وحدها وقطعها عن خلف الشرط فى الجنس ومن جهة قوله إنه يجيز بالحصة يقتضي عدم الحاقها باشتراط الوصف من كل وجه إذ لو كان كذلك لأجاز بالكل كما إذا اشتري شيئا على شرط السلامة أو زيادة وصف فخرج بخلاف ذلك فانه اذا أجاز لايسقط من الثمن شيء وكان ذلك لما قدمته من ارتفاع الغرض فى القدر عن الوصف وانحطاطه عن الجنس فجعل له حكم بحصته والحق فى الصحة بالوصف من جهة أن الصبرة المشاهدة المعينة باقية بحالها فلم تكن كاختلاف الجنس وأثبتنا

الحاجة لعمارة وغيرها وهو قريب (المسألة الثانية) ان جوزنا الاجارة اكثر من سنة فهل يجب تقدير حصة كل سنة قولان (أصحهما) لا كما لو باع اعيانا صفقة واحدة لايجب تقدير حصة كل عين منها وكما

الخيار للمشتري لفوات غرض مقصود وألحق فى الاجازة بالقسط بالجزء لشدة الغرض فيه ولم يجعل كتفريق الصفقة من جهة أنه لم يجعل موردا للعقد وانما أتى به على صورة الشرط والمبيع الصبرة المشاهدة لا الصبرة وشيء آخر فلذلك كان الحكم المذكور من الصحة والاجازة بالقسط مقطوعا به عند الكثير من العراقيين على وفق النص وقال أبو الطيب إنه لايختلف أصحابنا فيه واذا ثبت الخلاف عند غيرهم فالاصح كذلك الصحة كما صرحوا به واجازة بالقسط خلافا لما يفهمه اطلاق الرافعي ـ هذا فى حالة النقص إذا كان المبيع مثليا فان كان متقوما فالحكم بالصحة باق لهذا المعنى والحكم بالاجازة بالقسط متعذر لانه لايمكن قسمة الثمن على أجزائها كما قاله المصنف فخيرنا المشتري بين الأجازة بالجميع والفسخ وأما فى حالة لزيادة فيجب المحافظة على هذين المعنيين وهما الالحاق بالوصف من وجه و بالجزء من وجه فمن جهة الحاق المقدار بالجزء يقتضى أن ذلك القدار الزائد لايسلم للمشترى كأوصاف السلامة إذا شرط عدمها وكانت موجودة بل يكون هذا الزائد يبقى للبائع لأنه مستقل يمكن ايراد العقد عليه فان أمكن ذلك كما فى المثلي أبقيت الزائد للبائع وقلنا الحقه بالجزء لتعلق غرض البائع به كما يتعلق غرض المشترى به فى حالة النقصان ويكون المقدار المشروط من المثلي للمشتري لتطابق الاشارة والعبارة عليه ولا يسقط من الثمن شيء لانه لم يقف عليه شيء مقصود وخروج بعض الصبرة المشاهدة مع حصول جنس المبيع وقدره الذى تعلق الغرض به لايزيد ولا يثبت خيارا لأنه لم يفت غرض مقصود عن المشترى ولا محذور فى ذلك فان المشترى يكون شريكا للبائع فى الصبرة ويتقاسمانها بغير حذر • وأما فى المتقوم فالقول بالتصحيح يؤدي الى أن يكون موردالعقد منهما وهوفاسد ومشاعا ويؤدى الى ضرر القسمة فترددنا بعد ذلك فمن قائل يقول انا فى هذه الصورة نجعل البيع باطلا لهذا المعني وهذا هو القول المخرج وهو ظاهر بهذا التقرير ولا يلزم طرده فى بقية الصور ومن قائل يقول ان هذا المحذور يندفع إذا رضى البائع بتسليم الجميع بالثمن فيصح ويثبت الخيار للبائع لكن ههنا يجب على القول بالصحة وعلى القول بالبطلان أما على القول بالصحة وهو المنسوب إلى النص فهل أنه صح فى الجميع بالثمن وللبائع الخيار أو صح فى المقدار المشروط و إذا تبرع البائع بتسليم الجميع لزم إن قلنا بالأول فلم لاقيل بذلك فى الصبرة إذا خرجت زائدة وظاهر كلامهم وقولهم أن يأخذ المقدار و يترك الزيادة أن العقد لم يشمل الزيادة و يحتمل أن يكون العقد شملها و يكون

لو اجر سنة لايجب تقدير حصة كل شهر (والثانى) ويحكى عن رواية الربيع وحرملة والمزنى فى الجامع الكبير نعم لان المنافع تتفاوت قيمها بالسنين وربما تهلك العين فى المدة فيتنازعان فى قدر الواجب من الاجرة ومن قال بالاول يوزع الاجرة المسماة على قيمة منافع السنتين فينقطع النزاع و بنى القولين

مرادهم أنه لايلزم البائع بتسليمها لكن العبارة لاتؤدى هذا المعني و إن قلنا بالثانى كان ذلك سالما فى الصبرة ولكن فى الثوب والأرض مشكل لأن العقد يكون قد ورد على مبهم مجهول فيكون باطلا من أصله ولا ينجبر ذلك برضاء البائع بتسليم الجميع فطريق الخلاص عن هذا الاشكال بما سيأتى عن الماوردى أنه على قول الصحة يصح فى جزء شائع لكن ذلك فيما إذا ذكر الثمن مفصلا لا مجملا أما إذا ذكره مجملا فسيأتى وأما على القول بالبطلان عند زيادة المتقوم فهل معني ذلك أن العقد باطل من أصله أو أنه ينفسخ عند التشاحح لتعذر امضائه إن قلنا بالأول وهو الأسبق إلى الفهم من كلام الأصحاب فعلة المصنف لاتقتضى ذلك لأنه علل بأنه لايمكن اجبار البائع ولا اجبار المشترى ومقتضى ذلك أنهما إذا تراضيا صح وأقر العقد كما قال هو وأكثر الأصحاب فى بيع الصبرة بالصبرة كيلا بكيل إذا خرجتا متفاضلتين وليسا من جنس واحد فيحتمل أن ينزل القول بالبطلان علي هذا المعني وحينئذ لايلزم طرده فى شيء من الصور الثلاث وينزل قول الصحة على أنه يصح فى الجميع ثم يسترجع البائع فى المثلى إن شاء الزيادة بغير تقسيط وفى المتقوم لايمكنه استرجاع الزيادة وحدها فينفسخ هذا ماظهر لى فى ذلك وأظنه صوابا وان كان الأسبق إلى الفهم من كلام الأصحاب خلافه ﴿ فائدة ﴾ قد نبهت بما تقدم على السبب الذى اقتضى الاجازة ههنا فى المتقوم بجميع الثمن بخلاف اخواته من صور تفريق الصفقة وعلى أنه فى المثلى يجيز بالقسط من غير خيار بخلاف مايقتضيه كلام الرافعى من أنه يجيز بالكل ونص الشافعى فى المثلى بخلافه ﴿ فائدة أخرى ﴾ صورة هذه المسائل ليست على اطلاقها بل هى على ثلاثة أحوال (احدها) أن يذكر الثمن جملة من غير تفصيل كقوله بعتك هذه الارض بعشرة دراهم على أنها عشر أذرع فالحكم على ماتقدم (الثانية) أن يذكره مفصلا ولا يذكره مجملا كقوله بعتك هذه الارض على أنها عشر أذرع كل ذراع بدرهم فقد ذكرها صاحب التتمة على ماتقدم ومثل بالارض والثوب والقطيع وقال الماوردى فى الارض والثوب ان خرجت تسعة ثبت للمشتري الخيار بين الفسخ والاجازة بحسابه من الثمن وهو فى ذلك موافق لما تقدم عن القاضى أبى الطيب فى المجرد والصحيح خلافه وانه يجيز بكل الثمن قال الماوردي وان خرجت احد عشر فقولان (أحدهما) يبطل العقد (والثانى) يصح فى عشرة ويكون البائع شريكا بالباقي على الاشاعة ويثبت للمشترى الخيار والماوردى فى هذا أيضا موافق لأحد الوجهين ان الزيادة تكون للبائع وفيه ماتبين أن القائل بذلك

بعضهم على القولين فيما إذا أسلم فى شيئين أو فى شيء إلى أجلين ففى قول يجوز أخذا بظاهر المسألة وفى قول لا لما عساه أن يقع من الجهالة بالأجرة ويجوز أن يعلم قوله فى الكتاب فالأصح الجواز - بالواو - لأن القاضى أبا القاسم بن كج حكى طريقة أخرى قاطعة بانه لايجب التقدير واختارها مذهبا

يقول بالشركة فى الثوب والأرض فيندفع عنه اشكال الابهام وكأنه يجعل ذلك كما لو باع ذراعا من دار وهما يعلمان ذرعانها لكن هذا ظاهر فيما إذا ذكر تفصيل الثمن فقط ولم يذكر جملته أما اذا ذكر جملته ولم يذكر تفصيله فينبغى على قول الماوردى انه يجيز بالقسط والذى ذكره المصنف والأصحاب يقتضى أنه يجيز بالكل ﴿ الحالة الثالثة ﴾ أن يذكر جملة الثمن وتفصيله مقسطا على الأذرع كقوله بعتك هذه الأرض بعشرة دراهم على أنها عشر أذرع كل ذراع بدرهم فقد تقدم نظير ذلك فى كلام المصنف فى باب الربا فيما إذا باع صبرة حنطة بصبرة شعير كيلا بكيل وخرجتا متفاصلتين وتقدم هناك طريقان (أحدهما) عن المصنف وأكثر الأصحاب أنه إذا رضى صاحب الزيادة بتسليم الزيادة أقر العقد وأجبر الآخر على القبول وان رضى صاحب الناقصة بقدر صبرته من الزائدة أقر العقد وان تشاحا فسخ وقياس ذلك أن نقول هنا اذا فصل الثمن على المبيع كما مثلناه سواء أكان معينا أم فى الذمة أن يأتى التفصيل المذكور هنا اما أن يتشاحا أم لا ووجه ترتيب الحكم بين (والطريقة الثانية) عن صاحب التهذيب حكاية قولين (أصحهما) البطلان وقياسها أن تأتى هنا أيضا فعلمنا أن فرض المسائل فيما اذا لم يجمع بين جملة الثمن وتفصيله وكلام المصنف ظاهر فى أنه انما أراد حالة ذكر الثمن جملة فقط ألا ترى إلى قوله بجميع الثمن والثمن المفصل لايعرف جميعه (فائدة أخرى) فرض هذه المسائل فى شيء واحد كثوب أو أرض ونحوهما فلو باعه رزمة ثياب بعد رؤية مافيها كل ثوب بدينار على أن فيها عشرة أثواب فكان فيها تسعة قال الماوردى البيع جائز للمشترى أن يأخذها بالقسط من الثمن قال ولو زادت ثوبا فالبيع فى جميعها باطل قولا واحدا بخلاف الأرض والثوب إذا بيعا مذارعة لأن الثياب قد تختلف وليس يمكن أن يكون الثوب الزائد مشاعا فى جميعها ومساويا لباقيها وما زاد فى الثوب الواحد والارض فمقارب لباقيه ويمكن ان يكون مشاعا فى جميعه (قلت) وقوله فى النقصان أن يأخذ بالقسط موافق لما تقدم عنه فى الثوب الواحد والأصح هناك خلافه وقوله فى حالة الزيادة يلتفت على البحث المتقدم على قول التصحيح فى الثوب الواحد إن جعلناه على سبيل الاشاعة كما قال الماوردى فبنسبتها قاله هنا وان جعلنا الصحة فى الجميع فلا والله أعلم (فائدة أخري) القائل بالبطلان عند الزيادة هو ابن سريج نقله عن القاضى حسين قبل باب بيع حمل الحبلة

(الثالثة) قول العاقد أجرتك شهرا أو سنة محمول على مايتصل بالعقد فى أظهر الوجهين و به قال أبو حنيفة لانه المفهوم للتعارف (والثاني) و به قال احمد لابد وان يقول من الآن والا فهو كقوله بعتك عبداً من العبيد * ولو قال أجرتك شهرا من السنة قال الامام يفسد العقد بلا خلاف للابهام واختلاف الاغراض و إذا قال أجرتك هذه الدار كل شهر بدرهم من الآن لم تصح الاجارة لانه لم

صورها فى الصبرة وذهب الصحة الى النص ثم قال وكذلك حكم الثوب وقال أبو حنيفة فى الصبرة يجيز العقد فى ذلك القدر بحصته من الثمن وفى الثوب يأخذ الجميع بجميع الثمن وفرق بأن الذرع صفة في الثوب كالطول والقصر وأمامالية الحنطة والشعير فمقاديرها ولهذا أوجب الشرع التساوى فى المقدار فى بيع بعضها ببعض والثمن يتقسط على المقادير دون الصفات وأجاب الأصحاب بأن الذرع طريق للتقدير فى العادة كالكيل والوزن فلا فرق بينهما (فائدة اخرى) النص المنقول عن البويطى رأيت مثله فى الأم فى آخر باب الثنيا عقب الكلام الذي سأحكيه عنه فى بيع العبد الجانى اذا قتل فى يد المشترى قال الشافعى لأن العيوب فى الابدان مخالفة بعض العدد ولو كان المشترى كيلا معينا كان هكذا واذا كان ناقصا فى الكل أخذ بحصته من الثمن ان شاء صاحبه وان شاء فسخ فيه البيع انتهى وهذا فيه زيادة فائدة وهو نصه على الفرق بين الوصف والمقدار كما قلته أولا لقوله ان العيوب فى الابدان مخالفة نقص العدد (فائدة اخري) أكثر الأصحاب اقتصروا على ذلك فى الارض والثوب وصورها الزبيرى فى المتقضب فى الدار فاستفيد منه ان حكم الدار حكم الارض وقطع بالبطلان في حالة الزيادة كما هو الوجه الثانى فى الكتاب *

﴿ فرع ﴾ من خالف الشرط قال أبو عاصم العبادي اذا اشترى أرضا عليها خراج بحق ثلاثة دراهم بشرط أن عليها درهما إما علم المشترى ذلك فالبيع باطل وان لم يعلم فهو بالخيار (قلت) وكذلك قاله ابن القطان فى المطارحات وفى البطلان اذا علم نظر وينبغى ان يكون هذا الشرط لا أثر له ولعل مأخذ ذلك أن مقتضى الشرط ان لايلزم باكثر من ذلك وحينئذ يتجه البطلان والله أعلم *

﴿ فرع ﴾ المشهور فى المذهب انه اذاباع جارية وشرط حملها بطل البيع وقيل يصح فى الآدميات لأنه عيب ولهذا المعنى قال المرعشى فى ترتيب الأقسام يصح من البائع ولا يصح من المشترى (قلت) فاذا قلنا بهذا واشترطه فأخلف هل نقول ليس للمشترى الرد كما لو شرط أنه معيب وخرج سليما أوله الرد لأن الحمل يقابله قسط من الثمن فيه نظر واحتمال وهذا الذى قاله المرعشى هنا يوافق التفصيل فى شرط ترك الوطء فى النكاح وذلك أن الشارط هو الذى له غرض فى اثبات ذلك الشرط والمشروط عليه ليس له غرض الا اسعاف الشارط وليس المشروط مقصودا له وهذا معنى صحيح

يبين لها مدة وعن الاملاء أن تصح فى الشهر الاول لانه معلوم والزيادة مجهولة و به قال الاصطخرى ولو قال أجرتك كل شهر من هذه السنة بدرهم لم يصح وعن ابن سريج أنه يصح فى شهر واحد دون مازاد و رجعوا الاول واحتجوا له بأنه لم يضف الاجارة إلى جميع السنة [illegible] أن الأئمة [illegible]

وان كان الرافعي استشكله هنالك فالمشترى هنا ليس له غرض فى الحمل وانما الغرض للبائع فى براءته من العهدة بسببه وعلى هذا يقوى انه اذا أحلف لايثبت الرد والله أعلم * أما اذا كان الشارط هو المشترى فيظهر أن له الرد لأن الحمل وان قلنا انه عيب الا أنه زيادة من وجه كما صرحوا به فى الصداق *

* قال المصنف رحمه الله تعالى *

﴿ وان باع عبدا جانيا ففيه قولان أحدهما أن البيع صحيح وهو اختيار المزنى لأنه ان كانت الجناية عمدا فهو عبد تعلق برقبته قتل فصح بيعه كالعبد المرتد أو يخشى هلاكه وترجى سلامته فجاز بيعه كالمريض وان كان خطأ فلأنه عبد تعلق برقبته حق بغير اختياره فلا يمنع من بيعه والقول الثانى أن البيع باطل لأنه عبد تعلق برقبته دين آدمى فلا يصح بيعه كالمرهون ﴾ *

﴿ الشرح ﴾ ذكر المصنف بيع العبد الجانى فى التنبيه فى باب مايجوز بيعه وذكره فى المهذب فى هذا الموضع وكذلك المزنى والاصحاب ومقصودهم بذلك التفريع الذى عليه فانه مقصود فى هذا الباب والقولان منصوصان قال الشافعى فى مختصر المزنى ولو باع عبده وقد جنى ففيها قولان (أحدهما) أن البيع جائز كما يكون العتق جائزا وعلى السيد الاقل من قيمته وأرش جنايته (والثانى) البيع مفسوخ من قبل أن الجنايه فى عنقه كالرهن فيرد البيع ويباع فيعطى رب الجناية جنايته وبهذا أقول الا أن يتطوع السيد بدفع الجناية أو قيمة العبد ان كانت جنايته أكثر كما يكون هذا فى الرهن قال المزنى كما يكون العتق جائزا تجوز منه للعتق وقد سوى فى الرهن بين ابطال البيع والعتق فاذا جاز العتق فى الجناية فالبيع جائز مثله انتهى والقول بالجواز مذهب أبى حنيفة وأحمد واختيار المزنى ورجحه الغزالى والقول بالبطلان اختيار الشافعى كما نص عليه فى الام هذا كلامه لقوله وبهذا أقول وكذلك صححه الجمهور واحتجوا للجواز بما ذكره المصنف من الحاقه اما بالمرتد واما بالمريض وكلاهما يصح بيعه هذا ان كانت الجناية عمدا وان كانت خطأ فتعلق العتق برقبته بغير اذن السيد وبهذا فارق المرهون واحتج المزنى العتق وان الشافعي جوزه أى فى العبد الجانى فليجز البيع وبأن الشافعى سوى بينهما فى البطلان فى الرهن فليسو بينهما هنا فى الصحة واحتج أبو حنيفة بأن الارش فى رقبته غير مستقر لان للسيد أن يفتديه وبهذا يفارق الرهن أيضا واحتجوا للبطلان بالقياس على الرهن كما ذكره

أجابوا فيما إذا قال بعتك كل صاع من هذه الصبرة بدرهم وقالوا انه لم يضف البيع الى جميع الصبرة بخلاف ما اذا قال بعتك هذه الصبرة كل صاع بدرهم وكان ينبغى أن يفرق بين أن يقول بعتك كل صاع بدرهم فيجعل كما لو قال بعتك هذه الصبرة كل صاع بدرهم ويصح العقد فى الجميع وبين

المصنف

المصنف بأن الجناية آكد من الرهن لان العبد المرهون اذا جنى بيع فى الجناية وبطل الرهن فاذا كان الرهن يمنع صحة البيع فالجناية أولى وأجاب الاصحاب عن الزام المزنى للشافعى بأن البيع فيه قولان (فان قلنا) البيع جائز فالعتق أولى (وان قلنا) البيع لايجوز ففى العتق الاقوال الثلاثة التى فى المرهون فليس العتق متفقا عليه حتى يقاس عليه (قلت) وهذا الجواب فيه نظر فان المزنى ما أراد قياس البيع على العتق ابتداء من عند نفسه حتى يرد عليه بالخلاف فيه بل لما قاس الشافعى عليه استدل من كلام الشافعى على أنه يجوزه فألزمه بتجويز البيع والطريق فى الجواب على هذا التقرير أن كلام الشافعى يقتضى أن يكون قائل القول الاول يرى العتق جائزا فشبه به البيع إما بطريق التشبيه واما بطريق القياس عند ذلك القائل والشافعى قد قال ان القول الثاني قوله وسكت عن العتق فلا يلزمه أنه هو جازم أو مرجح لجواز العتق حتى يلزم به ولعل هذا مراد الاصحاب بجوابه (وأما) قول المزنى إن الشافعي سوى بين البيع والعتق فى الرهن فى الابطال فليسو بينهما هنا يعني وقد قال بصحة العتق فليقل بصحة البيع لتحصل التسوية وأجاب الاصحاب بجوابين (أحدهما) أن الشافعى لم يسو بينهما فى الرهن بل خالف بينهما لان البيع فى المرهون يبطل قولا واحدا وفى عتقه ثلاثة أقوال فكذا بحيث يختلف هذا الجواب (الثانى) أن هذا الاستدلال بالعكس ولا يلزم الجواب عنه هكذا قال الشيخ أبو حامد وفيه نظر لان قياس العكس على هذه الصورة صحيح لانه لو لم يصح بيع الجانى لما صح عتقه كالرهن فاما نقيس الجاني على المرهون فى التسوية بينهما ثم التسوية بينهما إما فى المنع ولم نقل به لتجويزه العتق فليكن فى الجواز وأجاب هذا انا نمنع أنه لم يقل به لما تقدم أنه ليس فى كلام الشافعى تصريح على القول الثانى بجواز العتق - قال الأصحاب ولا يلزم من جواز العتق جواز البيع لأن الآبق والمغصوب والمجهول والمبيع قبل القبض يجوز عتقهم ولا يجوز بيعهم وقال الماوردى ان قياس العكس قال به أكثر الفقهاء وان خالفهم أكثر المتكلمين وهو اثبات بعض حكم الأصل فى الفرع باعتبار علة (قلت) ومن المانعين من الاحتجاج بقياس العكس أبو حامد الاسفراينى كذلك نقل عنه أبو الوليد الباجى فى الأصول فلذلك منع هنا على طريقته وفرق القاضى حسين بينه و بين المرتد بأن المرتد مملوك منتفع به ارتكب كبيرة واستحق بها عقوبة الله تعالى فلم يزل بها ملك المالك عنه ولا تدفع المزاحمة فيما يحدث بالشراء وهو الملك لكونه مملوكا للمالك يعني والمستحق

أن يقول بعتك من هذه الصبرة كل صاع بدرهم فيحكم بالبطلان ههنا أو يصح فى صاع واحد كما حكيناه عن ابن سريج فى البيع وكذلك ينبغى أن يقول فى الاجارة وقد وفى بالتضمية المذكورة الشيخ أبو محمد فسوى بين قوله بعتك كل صاع من هذه الصبرة بدرهم و بين قوله بعتك هذه

فى الجناية وقعت فيه مزاحمة وهو حق المجنى عليه وهذا المعنى فارق بينه و بين المريض أيضا وفى كلام بعضهم طريقة قاطعة بالبطلان لقول الشافعى و بهذا أقول وجعل القول بالجواز مخرجا ومسند التخريج الزام للمزنى لما فهم عن الشافعى القطع بالبطلان وحكى صاحب التتمة أن بعض أصحابنا خرج قولا ثالثا أن العقد موقوف فان قدر نفذ وان لم يقدر بطل كالمفلس إذا باع بعض أعيان أمواله وقد تعرض الشيخ أبو حامد لهذا وأنه اشتبه على بعض أصحابنا حتى خرج هذا القول وليس بشيء والاشتباه من قول الشافعى يرد البيع إلى قوله إلا أن يتطوع السيد وتأويل ذلك أنه يرد المبيع وهو العبد (وقوله) يتطوع السيد يعنى بدفع الأرش أو القيمة فلا يباع العبد وليس معناه أنه إلا أن يتطوع فيصح البيع هكذا ذكره الشيخ أبو حامد والقاضى حسين حكى ما نقله صاحب التتمة قولا مطلقا من غير نسبة إلى تخريج قال فاذا بيع وقلنا موقوف فان أدى الأرش صح بيعه ولزم والا بيع ان استغرقه الأرش وان لم يستغرقه بيع بقدر الأرش وثبت الخيار للمشترى فى الباقى فان أجاز فبحصته من الثمن وقد نقل ابن داود قول المصنف هذا و بين أنه فى جناية الخطأ يسير إلى أنه لا يجرى فيه جناية العمد قال ومنهم من أنكره *

* قال المصنف رحمه الله تعالى *

﴿ وفى موضع القولين ثلاث طرق أحدها أن القولين فى العمد والخطأ لأن القصاص حق آدمي فهو كالمال ولأنه يسقط إلى مال بالعفو فكان كالمال والثانى أن القولين فى جناية لا توجب القصاص فاما فيما توجب القصاص فلا تمنع البيع قولا واحدا لانه كالمرتد والثالث أن القولين فيما يوجب القصاص فأما فيما يوجب المال فلا يجوز قولا واحدا لانه كالمرهون ﴾ *

﴿ الشرح ﴾ الطرق الثلاث حكاها الشيخ أبو حامد والقاضى أبو الطيب وقال الشيخ أبو حامد إن الطريق الثانى هو مذهب الشافعى لانه قال فيها قولان (أحدهما) البيع جائز وعلى السيد الاقل من قيمته وأرش الجناية وألزم السيد المال ولو كان ذلك فى الجناية الموجبة للقصاص لقال والولى بالخيار ثم قال والقول الثانى أن البيع مفسوخ و يباع و يعطى رب الجناية جنايته إلا أن يتطوع السيد بدفع الجناية وكل ذلك يكون فى الجناية الموجبه للمال (قلت) وهذا استدلال جيد على ضعف الطريقة الثالثة وأما الطريقة الاولى فلا يبقى فى كلام الشافعى دلالة عليها لانه لم يتعرض للعمد يبقى

الصبرة كل صاع بدرهم وصحح البيع فى جميع الصبرة باللفظين * ثم اعلم أن عامة النقلة انما نقلوا التجويز فى شهر واحد عن ابن سريج فيما اذا ضبط الاشهر بالسنة أما إذا أطلق وقال كل شهر بدرهم فالخلاف فيهما منسوب إلى الاملاء واختيار الاصطخرى كما سبق والفرق بين الصورتين بين *

ولا اثبات فاجراء الخلاف فيه انما يكون بالتخريج ان صح القياس أو نقل آخر أما هذا فلا ولاجرم كانت هذه الطريقة الثانية هي الصحيحة ان الخلاف مقصور على حالة ايجابها المال فقط وممن صححه الرافعي وقال ابن أبي عصرون إن الطريقة الثالثة أصح الطرق وهو بعيد لما تقدم والطريقة الاولى في الرافعي مايقتضي نسبتها لابن خيران ومن القائلين بها من بنى القولين في العمد على أنه موجب ماذا ان قلنا القود المحض صح بيعه كالمرتد وان قلنا أحد الامرين فهو كبيع المرهون وكلام الروياني يدل على اختيارها فانه قال ان الاصح بطلان البيع عمدا أو خطأ ومن القائلين بالبناء المذكور ابن أبي هريرة ومن الاصحاب من قال ولو جعلنا موجب العمد أحد الامرين فحكمه هنا كما اذا جعلناموجبه القصاص لاغير لانا على هذا القول لاثبتها بشاهد ويمين وشاهد وامرأتين حكاه القاضي حسين مطلقا وعزاه ابن داود لصاحب التقريب وانه قال بجواز البيع في الجاني عمدا على القولين وهذا في الحقيقة اختيار الطريقة الثانية وهذا كله حيث لاعفو فان عفا عن القصاص على مال ثم عرض البيع كانت حكمه كالخطأ تجرى فيه طريقان خاصة إما جريان القولين وإما القطع بالمنع وحكم شبه العمد والعمد الذي لاقصاص فيه في ذلك حكم الخطأ وكذلك إذا تلف العبد مالا وأعلم أنه قد تقدم مايقتضي الفرق بين الجاني والمرتد من كلام القاضي حسين والفرق بينه وبين المرهون من جهة أن الراهن حجر على نفسه والفرقان يقتضيان وجهان (الطريقة الاولى) الا أن يلغى الفرق بينه وبين المرتد وأما المرهون فالفرق ظاهر قال الشيخ أبو حامد كل حق تعلق بعين مال لانسان باختياره يمنع البيع قولا واحدا كالرهن وكل حق تعلق بعين مال لانسان من غير اختياره فهل يمنع البيع أم لا على قولين كما ذكرناه ههنا وكما قلنا في المال إذا وجبت فيه الزكاة فباع رب المال قبل اخراج الزكاة بعد وجوب الحق فيه من غير اختياره كان على قولين (١) يعني اذا قلنا إنها تتعلق بالمال تعلق رهن أو تعلق جناية بعينه محل هذا الخلاف والطرق إذا كانت الجناية متعلقة برقبته كما تقدم وباعه قبل الفداء وهو موسر فلو كانت موجبة للمال في ذمته لم يمنع بيعه بحال وان تعلقت برقبته وباعه وهو معسر بطل ومنهم من طرد الخلاف فيه وحكم بأن الخيار للمجني عليه ان صححنا وان باعه وهو موسر فان كان بعد الفداء صح وان كان قبله وقبل اختياره فهو محل الخلاف وان كان قبل الفداء ولكن بعد اختيار الفداء فاطلاق صاحب التهذيب يقتضي الصحة واطلاق الماوردي يقتضي طرد الخلاف وهو الاقيس لان

(١) بياض بالاصل

وحكى الامام والمصنف في الوسيط التجويز في شهر عن ابن سريج مع التصوير فيما إذا أطلق ذكر الشهر ولم يساعدا عليه (وقوله) ههنا لو قال أجرتك شهرا بدرهم وما زاد فبحسابه أراد به الصورة الأولى والثانية حيث حكى الخلاف فيه (وأما) مايشعر به اللفظ فلا يجرى فيه خلاف لأن قوله

اختيار الفداء ليس بالتزام فله الرجوع عنه ولا يلزمه به شيء بل لو صرح بالتزام الفداء لم يلزمه على أصح الوجهين في الوسيط في آخر العاقلة قبيل القسم الرابع في دية الجنين بل لو قلنا بالزوم فغايةذلك أنه ضمان فلم ينقطع التعلق بالرقبة به حتي يصح بيعها ولو باع العبد الجانى باذن ولي المجني عليه فلا اشكال في الصحة *

* قال المصنف رحمه الله تعالي *

(فاذا قلنا ان البيع صحيح في قتل العمد فقتل العبد في يد المشترى ففيه وجهان قال أبو العباس وأبو على بن أبي هريرة ان علم المشترى بالجناية في حال العقد لم يرجع عليه بالارش وان لم يعلم رجع بأرش العيب لان تعلق القتل برقبته كالعيب لانه ترجى سلامته ويخشى هلاكه فهو كالمريض واذا اشتري المريض ومات وكان عالما بمرضه لم يرجع بالارش وان لم يعلم رجع فكذلك ههنا فعلى هذا اذا لم يعلم بحاله وقتل قوم وهو جان وقوم غير جان فيرجع بما بينهما من الثمن وقال أبو اسحق وجود القتل بمنزلة الاستحقاق وهو المنصوص فاذا قتل انفسخ البيع ورجع بالثمن على البائع علم بالجناية حال العقد أو لم يعلم لانه أزيلت يده عن الرقبة بسبب كان في يد البائع فاشبه ما إذا استحق. بخلاف المريض فانه لم يمت بالمرض الذى كان في يد البائع وانما مات بزيادة مرض حدث في يد المشترى فلم يرجع بجميع الثمن) *

(الشرح) بدأ المصنف بالتفريع الذى هو المقصود فوضع المسألة في هذا الباب واقتصر على التفريع علي القول بصحة البيع لذلك فان التفريع على البطلان لاتعلق له يختص بهذا الباب وقد قال الاصحاب انا ان أبطلنا بيع العبد الجاني رده واسترجع الثمن وبقي الخكومة بين السيد والمجنى عليه فان كانت الجناية توجب القصاص واقتص الولي فذاك وان عفا على مال أو كانت توجب مالا فالسيد على خيرته ان شاء سلمه ليباع وان شاء فداه من ماله فان سلمه فان بيع بقدر الجناية فذاك وان بيع بأقل فلا يلزم السيد غيره وان بيع بأكثر فالفاضل يدفع الى السيد البائع واذا فدي فالاظهر أنه يفديه بأقل الامرين من الارش وقيمة العبد (والثاني) يتعين الارش وان كثر إلا أن يسلم العبد ليباع فانه قد يرغب فيه راغب بأكثر وان قلنا بصحة البيع فان كانت الجناية توجب المال فظاهر مذهب الشافعي ان السيد ملتزم للفداء ببيعه مع العلم بجنايته فيجبر على تسليم الفداء كما لو

أجرتك شهرا بدرهم إما أن يحمل على شهر غير معين أو على الشهر المتصل باللفظ إن كان الأول فلا خلاف في فساد الاجارة وإن كان الثاني فالشهر مفرد بالعقد مقابل بالعوض فيصح العقد فيه بلا خلاف وكذلك أورده صاحب المهذب وغيره (واعلم) أن الحكم في مدة الاجارة كالحكم في أجل

أعتقه أو قبله وقيل هو على خيرته ان فدى امضي البيع والافسخ قال هذا القائل وهذا لأن ذلك ليس بأكثر من أن يختار الفداء ولو اختار أن يفديه ثم قبل أن يخرج أرش الجناية رجع عن ذلك كان له هكذا قال الشيخ أبو حامد و يقتضيه كلام أبى الطيب فى النقل عن صاحب هذا الوجه وشبهه أبو الطيب بما اذا قال الراهن أنا أقضي الدين من غير الرهن أو من قيمة الرهن لايجب عليه الوفاء بذلك وهذا النقل نستفيد منه ان عند اختيار الفداء لايلزم وهو كذلك على الاصح وبه يضعف مااقتضاه اطلاق التهذيب فيما تقدم من جواز البيع عند اختيار الفداء ولايضعف به جعل البيع التزام للفداء لأن المأخذ فى ذلك الحيلولة كالعتق والقتل فلا يلزم من كون صريح الالتزام غير ملزم أن لايكون هذا ملزما فان قلنا بالأول فطريقان (أحدهما) يفديه ههنا بأقل الامرين قولا واحدا هكذا قال الشيخ أبو حامد وأبو الطيب وعزاها ابن داود الى النص (والثانية) ذكرها ابن داود وابن أبي هريرة و يقتضيها كلام الماوردى جريان القولين فيه ووجه الطريقة الاولى أنه لايقدر على تسليمه للبيع ولذلك اذا قبله يفديه بأقل الامرين خاصة ومنهم من اجرى فيه الخلاف فان تعذر تحصيل الفداء أو تأخر لافلاسه أو غيبته أو صبره على الحبس فسخ البيع وبيع فى الجناية لأن حق المجنى عليه سبق حق المشترى وان قلنا بالثانى وهو أنه لايلزمه بالبيع الفداء وهو قول أبي اسحق المروزى فهو بالخيار بين الفداء وتسليمه للبيع وفى الفداء ههنا القولان لأنه قادر على تسليمه وان كانت الجناية موجبة خيار القصاص فان عفا الولى فالحكم على ماتقدم وان طلب القصاص قتله ونظر فان كان قبل القبض انفسخ البيع وان كان بعده وهى مسألة الكتاب والمقصود فى هذا الباب وهو تفريع على الصحيح ان الجناية الموجبة للقصاص لاتمنع من البيع فاذا قتل فى يد المشتري بالجناية السابقة فاحد الوجهين أن ذلك بمنزلة العيب فان كان قد علم به قبل الشراء أو بعده ولم يفسخ حتى قتل فلاشىء له وان لم يعلم رجع بأرش العيب وهو مابين قيمته جانيا وغير جان منسوبا من الثمن و يعبر عن ذلك بانه من ضمان المشترى وهذا نسبه الجمهور الى ابن سريج وابن أبي هريرة كما نسبه المصنف بل أكثرهم ينسبه لابن سريج ولايذكر غيره ونسبه الماوردى لابن أبي هريرة خاصة ولم ينسب لابن سريج فى هذه المسألة شيأ ونسب اليه فى مسألة القطع بالسرقة السابقة أنه من ضمان البائع كما يقوله فى القول الثانى وهو غريب وقد تقدم ذلك عنه ولافرق بين المسألتين فى هذا المعنى وقد تقدم ان ابن بشرى نقل مايوافق قول

السلم فى أن مطلق الشهر يحمل على أمرين وكذا السنة فى أنه إذا قيد بالعدد أو قال سنة رومية أو فارسية أو شمسية كان الأجل ماذكره فى أن العقد إذا انطبق علي أول الشهر اعتبر ذلك الشهر وما بعده بالأهلة و إن لم ينطبق تمم المنكسر بالعدد من الاخر و يحسب الباقي بالأهلة وفى سائر المسائل

ابن أبي هريرة عن نصه في الاملاء وبهذا القول قال أبو يوسف ومحمد ومال الماوردي اليه في القطع بالسرقة والثاني وهو قول ابي اسحق وابن الحداد وهو مذهب الشافعي على ماقاله الشيخ أبو حامد والقاضي أبو الطيب وغيرهما وهو نصه كما ذكره المصنف ولفظه في اخر باب الفتيا من الجزء الثامن من الام قال الشافعي من باع رجلا غنما قد حال عليها الحول أو بقرا أو بلا فاخذت الصدقة منها فللمشتري الخيار في رد البيع لأنه لم يسلم له مااشترى كاملا وأخذ مابقي بحصته من الثمن ولكن من باعه ابلا دون خمسة وعشرون فالبيع جائز وعلى البائع صدقة الابل التي حال عليها الحول في يده ولا صدقة على المشتري فيها قال ومثل هذا الرجل يبيع العبد وقد حل دمه عنده بردة أو قتل عمد أو قطع يده في سرقة فاذا قتل ينفسخ البيع ويرجع بما أخذ منه وإذا قطع فله الخيار وفي فسخ البيع وامساكه لأن العيوب في الأبدان مخالفة نقص العدد انتهى * وقد وجهوا هذا القول بان السبب كان في يد البائع وأحيل الهلاك عليه وان وجد في يد غيره كما لو أحبل المشتري الجارية المبيعة بيعا فاسدا وردها إلى بائعها وماتت من الطلق وبهذا القول قال أبو حنيفة ويعبر عن هذا القول بأنه من ضمان البائع ويعبر عنه أيضا بأنه كالاستحقاق أي جعل التلف في يد المشتري بالسبب السابق كظهور الاستحقاق في المبيع بسبب سابق وهذا الشبه يوهم أنه تبين بطلان البيع ولم يريدوا ذلك بل ينفسخ بالتلف ووقع الشبه في الحكم بالبطلان من حيث الجملة وقد تقدم أن الماوردي نقل مايوافق هذا القول عن ابن سريج في مسألة القطع وذلك خلاف المشهور — وأما تمسك القائلين بالوجه الأول بمسألة المرض وهي فيما إذا اشترى عبدا مريضا وتمادي المرض إلى أن مات في يد المشتري طريقان (أحدهما) أنه على الخلاف ويحكى هذا عن الحليمي وغيره وسيأتي عن القاضي أبي الطيب مايقتضيه فعلى هذا يسقط الاحتجاج بها (وأشهرهما) القطع بانه من ضمان المشتري وعلى هذا الفرق ظاهر لأن المرض يزداد شيئا فشيئا إلى الموت فليس الموت بالمرض السابق على البيع بل بما تجدد بخلاف الجناية فانها سبب كامل للقصاص وهذا معني الفرق الذي ذكره المصنف ويكتفي في ذلك بمجرد الاحتمال فانه يمنع من الحاقه بالمرض القديم فكيف والظاهر حدوث سبب جديد والأصل صحة العقد ولزومه ونظير ذلك إذا اشترى جارية حاملا ولم يعلم بحملها فماتت من الطلق يرجع بأرش العيب لأنها ماتت من أوجاع الطلق وهي حادثة في يد المشتري كالمريض إذا مات قاله القاضي أبو الطيب وحكم

المذكورة في التعليق في التأجيل بالسنة الشمسية وجه أنه لايجوز وهو قريب من الوجه المذكور هناك في التأقيت بفصح النصارى * ولو قال أجرتك شهرا من هذه السنة فان لم يكن بقي من السنة الاشهر صح وإن بقي أكثر من شهر لم يصح للجهالة هكذا ذكره في التهذيب والتتمة والحكم

الجراحة السارية حكم المرض ذكره فى التهذيب وجعلها على الوجهين و بين أن ذلك فى المرض المخوف أما غير المخوف كالصداع والحمى فيرجع بالارش إذا ازداد فى يده ومات وكذلك ذكره القاضى حسين وحكم القولنج حكم المرض المخوف على ما ذكره القاضى حسين والبغوى حينئذ موافقان للحليمى وهذا كله إذا لم يعلم المشتري بالجناية حتى قتل فى يده فلو علم قبل العقد أو بعده ولم يفسخ فقد صرح المصنف بأن الحكم كذلك قال الرافعي ويحكى عن أبى اسحق واختيار أبى حامد (قلت) وهو الشيخ أبو حامد الاسفرايني فانه كذلك فى تعليقه علم به أو لم يعلم وتبعه المصنف أما القاضى أبو الطيب فانه نسب ذلك الى بعض أصحابنا وقال انه غلط وأن مذهب الشافعى لا يختلف انه بمنزلة العيب ونقل عن نص الشافعي فى كتاب الرهن انه بمنزلة العيب الذى قد رضى به ولا شيء له قال الرافعي انه الأصح عند الجمهور وهو قول ابن الحداد أنه لا يرجع بشيء لدخوله فى العقد على بصيرة وامساكه مع العلم بحاله كما قال القاضي أبو الطيب قال وليس هو كظهور الاستحقاق من كل وجه ولو كان كذلك ماصح بيعه اصلا وممن اختيار هذا ابن الصباغ وابن أبى عصرون ويحصل من ذلك أنه عند الجهل ينزل منزلة الاستحقاق وعند العلم ينزل منزلة العيب فاذا رضى به سقط أثره وهو أقوى فى المعنى وفى الحقيقة هو عيب فى الحالين ولكن فى حالة العلم سقط أثره وفى حالة الجهل القتل من أثره فلذلك نزل منزلة الاستحقاق لكونه لم يرض به غير أن النص الذى تمسك به أبو الطيب من كتاب الرهن ان كان هو الذى نقلته فيما تقدم عند طريان العيب قبل القبض وهو قول الشافعى انه عيب دلس به فهذا لا دليل فيه لأن الشافعى ماتكلم فى حالة القصاص وانما ذلك اذا اطلع عليه قبل القصاص قال له أن يرد لأنه عيب وهذا لا نزاع فيه انما النزاع فى كونه اذا لم يرد حتى قتل هل ينفسخ أولا *

(فرع) أما ثبوت الخيار للمشترى اذا صححنا البيع ولم يحصل القصاص فان كان بعد الفداء فقد سبق حكمه فى العيوب والتفصيل فى العمد بين أن يتوب أولا وفى خطأ بين أن يكثر أولا وادعى ابن الرفعة أن نص الشافعى فى البويطى فى كتاب الغصب يدل على انها وان كثرت لا تثبت الخيار اذا كانت خطأ وفيه نظر وقد تأملت فى كتاب الغصب فى البويطى وفيه مايحتمل ذلك بالمفهوم لا بالمنطوق وليس بقوى التمسك به وقال ابن الرفعة انه بين التمسك به فى كتاب الغصب أما اذا كانت

بالبطلان فيما إذا كان الباقى أكثر من شهر يجوز أن يكون تفريعا على قولنا إن الشهر المطلق محمول على المتصل بالعقد ويقال التعقيب بقوله من هذه السنة يمنع من فهم الشهر المتصل بالعقد ويوقع التردد بينه و بين سائر الشهور *

قبل الفداء قال ابن الرافعة شبه أن يثبت الخيار سواء أقلنا يلزم السيد فدؤه أم لا وهو كما قال وهذا حيث يقول ان مجرد الجناية لا يكون عيبا إما عند التوبة أو عند عدم التكرار أما اذا كانت عيبا فهي كافية في ثبوت الخيار *

﴿ فرع ﴾ اذا باعه ولاجناية منه ولكنه كان قد حفر بئرا في محل عدوان قبل البيع فتردى فيها من يجب ضمانه بعد البيع يشبه أن يكون كما لو كان قد جني جناية توجب قصاصا ثم بعد البيع عفي علي مال وقد تقدم *

﴿ فروع ﴾ وطء الجارية الجانية لا يكون التزاما للفدى وفيه وجه مذكور في الديات من الرافعي ولو قال لعبده اذا جاء رأس الشهر فأنت حر فجني العبد ثم جاء رأس الشهر عتق ولزم السيد الفداء قاله القاضي عنه في باب الامة تعرس نفسها ولو قال ان دخلت الدار فأنت حر فجني العبد ثم دخل الدار تعلق الارش بذمة المعتق والفرق أنه في هذه عتق بفعله ولم وجد من السيد فعل وفي الاولى لم يوجد من العبد شيء فصار السيد متلفا بالعتق المعلق ومثل ذلك اذ قال اذا قدم زيد فأنت حر فانه لا فعل من العبد قال ابن الرفعة ينبغي على قولنا بعدم نفوذ عتق الجاني وان الاعتبار بحال الصفة لا يحكم بعتقه ببينة لو نقص الارش عن الرقبة هل يكون الحكم كما تقدم ولا يمتنع البيع لا في مقدار الارش ظاهر نص الشافعي الأول وحاول ابن الرفعة تخريج خلاف وقال وقد ذكره الغزالي في الزكاة وأيده بقول العراقيين أن بيع العبد الجاني كبيع الوارث التركة قبل قضاء الدين و بأن الرافعي في الوصايا عند الكلام في الدور الوقع في الجنايات إذا جنى عبد على حر وعفى المجني عليه ومات فان أجازته الورثة فذلك والا نفذ في الثلث وانفك ثلث العبد عند تعلق العبد وأشار الامام فيه الى وجه آخر كما ان شيأ من المرهون لا ينفك مابقي شيء من الدين ﴿ فائدة ﴾ أجمعوا إذا كان في يد العبد مال وهو مأذون ان الدين في ماله والجناية في رقبته فاذا عجزت الرقبة عن احتمال الجناية لم يرد إلا مافي يده وكذلك إذا عجز ما في يده عن الدين لم يرد إلى الرقبة *

﴿ فرع ﴾ لو اشتري عبدا و به مرض أو جراحة فزاد ذلك في يد المشترى ولم يعلم ثم علم حال الاستقصاء قال القاضي أبو الطيب قياس قول أبي بكر بن الحداد المصرى تصير الزيادة كأنها حصلت في يد البائع للمشترى الخيار في الرد والرجوع بجميع الثمن وعلى قول سائر أصحابنا زيادة المرض في

قال ﴿ ولو قال آجرتك الأرض ولم يعين البناء ولزراعة والغراس لم يجز لأنه مجهول * ولو قال لتنتفع به ماشئت جاز (و) * ولو قال آجرتك للزراعة ولم يذكر مايزرع ففيه خلاف لأن التفاوت فيه قريب * ولو قال أكريتك إن شئت فازرعها وإن شئت فاغرسها جاز على الأصح

يده تمنع من الرد وله الرجوع بالأرش بقدر ما بين قيمته صحيحا ومعيبا بالعيب الذى كان فى يد البائع دون الزيادة التى حدثت فى يد المشترى لأن هذه الزيادة حدثت بسبب المرض الذى كان عند البائع فكان على وجهين كالقطع فى السرقة وان لم يعلم بالمرض أو الجراحة حتى سرت إلى النفس فعلى قول ابن الحداد ينفسخ البيع ويرجع بالثمن وعلى قول ابن سريج وأبى على لاينفسخ ويرجع بالأرش ولو اشترى جارية حاملا ولم يعلم بالحمل حتى ماتت من الولادة فعن القاضى أبى الطيب أنه على الوجهين *

* قال المصنف رحمه الله تعالى *

(وان اشتري عبدا مرتدا فقتل فى يده ففيه وجهان فى قول أبى اسحق ينفسخ البيع ويرجع بالثمن وعلي قول أبى العباس وأبى على ابن أبى هريرة إن كان قد علم بالردة لم يرجع بالأرش وان لم يعلم رجع بالأرش - ووجههما ما ذكرناه فى الجانى عمدا *

(الشرح) بيع العبد المرتد صحيح على المذهب كبيع العبد المريض المشرف على الهلاك وعن الشيخ أبى علي حكاية وجه أنه لايصح تخريجا من الخلاف فى العبد الجانى والمشهور القطع بالأول وكذلك يقاس الجانى عليه وقد تقدمت الاشارة إلى الفرق لأن رقبة الجانى مستحقة لآدمى وله العفو على مال فكأن تعلق المال حاصل بخلاف المرتد وقال القاضى حسين ان الوجه المذكور خطأ لأن الشافعى نص أن رهن المرتد والقاتل جائز فاذا فرعنا على صحته فقتل قبل القبض انفسخ العقد على ماتقدم وان قتل فى يد المشترى بالردة السابقة فعلى الخلاف المتقدم فى الجانى على قول أبى اسحق وابن الحداد والمنصوص للشافعى ينفسخ البيع ويرجع بالثمن إن كان المشترى جاهلا بردته وفيما إذا كان عالما وجهان رأى المصنف والشيخ أبى حامد وأبى اسحق أنه كذلك ولهذا أطلق هنا ورأي ابن الحداد وهو الأصح على ماتقدم أنه لاينفسخ البيع ولا يرجع بشيء. قال الامام كان يقرب من ذلك الوجه يعني الذي يقول إنه ينفسخ مطلقا كما يقوله المصنف أن يقال بالوقف حتى يقال إن قتل المرتد تبينا أن بيعه لم يصح وان عاد إلى الاسلام تبينا الصحة قال ولم أر ذلك لأحد (وأما) على قول ابن سريج وابن أبى هريرة فان كان علم بالردة لم يرجع بالأرش لأنها عيب رضى بها وان لم يعلم رجع كتعذر الرد فيرجع بأرش العيب القديم كسائر العيوب فيتقوم مرتدا وغير مرتد ويرجع بما

(و) ويتخير كما لو قال انتفع كيف شئت * ولو قال أكريتك فازرعها واغرسها ولم يذكر القدر فهو فاسد * وقيل إنه ينزل على النصف * ولو اكترى الأرض للبناء وجب تعريف عرض البناء وموضعه. وفى تعريف ارتفاعه خلاف (و)) *

بينهما منسوبا من الثمن قال الأصحاب فان قيل المرتد قتل لاقامته على الردة وذلك حادث فى يد المشترى (فالجواب) أنه إنما قتل بالردة السابقة لأنه لو قتله انسان قبل الاستتابة لم يضمنه فاقامته على الردة لم توجب القتل لكن استيفاء ماوجب عليه *

* قال المصنف رحمه الله تعالى *

﴿ وإن قتل العبد فى المحاربة وانحتم قتله فقد ذكر الشيخ أبو حامد الاسفرايني رحمه الله فى التعليق أن البيع باطل لأنه لامنفعة فيه لأنه مستحق القتل فلا يصح بيعه كالحشرات وقال شيخنا القاضى أبو الطيب يصح بيعه لأن فيه منفعة وهو أن يعتقه فصح بيعه كالزمن فعلى هذا إذا قتل فى يد المشترى فحكمه حكم القاتل عمدا فى غير المحاربة وقد بيناه ﴾*

﴿ الشرح ﴾ إذا قتل فى المحاربة فان تاب قبل أن تقدر عليه فالقود ههنا متحتم بل هو الى ولى الدم والحكم فيه على ماتقدم فى جناية العبد وإن قدر عليه قبل أن يتوب وقلنا تسقط العقوبة بالتوبة بعد الظفر فكذلك (فان قلنا) لاتسقط فثلاث طرق (إحداها) قال الشيخ أبو حامد لايجوز البيع قولا واحدا لأن قتله محتم ويفارق المريض والمرتد والقاتل فى غير المحاربة لرجاء برء المريض واسلام المرتد والعفو عن القاتل ووافقه المحاملى فى المجموع ونسب الرافعى هذه الطريقة إلى اختيار الشيخ وطبقته ونسبه الامام وغيره إلى أبى عبد الله الحسين ولم أر فى تعليق أبى حامد التعليل بعدم المنفعة بل بتحتم القتل فجاز أن يقول منفعة هذه مع كونه غير باق ألايتخلص به لعبادة الله تعالى غير مقصودة وأما المدين فانه باق يتخلص بالعتق للعبادة ومنافع الدنيا والآخرة واختار ابن أبى عصرون ما قاله الشيخ أبو حامد وقطع به فى المرشد وقال جواز عتقه لايستدل به على جواز بيعه بدليل الآبق والمجهول والمعنى فيه أن فى العتق قوة وسراية (الطريقة الثانية) ما قاله القاضى أبو الطيب إنه كبيع الجاني يعني عمدا فيصح على الأصح وتوجيهها ماذكره المصنف وقد علمت مايرد عليه (والثالثة) قال الرافعى إنها الأظهر عند كثير من الأئمة أن بيعه كبيع المرتد ولا شك أنها أظهر مما قاله القاضي أبو الطيب لان جناية العمد قد تصير إلى المال بخلاف هذا لكن يرد على الحاقه بالمرتد ماقدمته من أن المرتد مرجو البقاء بالاسلام بخلاف المحارب الذى تحتم قتله أنه لاشك أنه أولى بالمنع منه و يبقى النظر فى منفعة العتق فى هذه الحالة هل هى مقصودة مما يتوصل اليها بالأغراض فتكون كبيع المرتد للشهور بصحته ويأتى فيه ماحكاه الشيخ أبو علي وأن مثل هذه المنفعة لاتعتبر فيقوي ماقاله الشيخ أبو حامد

ومما تستأجر له الأرض البناء والزراعة والغراس فلوقال أجرتك هذه الأرض ولم يذكر البناء ولا غيره وهى صالحة للكل ما تصح لأن منافع هذه الجهات مختلفة وكذا ضررها اللاحق بالأرض

وفيه نظر والاقرب الاول لان العتق كيف ما كان فيه أجر والاجر مقصود متوصل اليه بالاموال فعلى طريقة أبي الطيب يكون حكمه حكم القاتل عمدا فى غير المحاربة وقد تقدم تفصيله وعلى الطريقة التى قال الرافعى إنها أظهر عند كثير من الأئمة يكون كالمرتد وقد تقدم أيضا وعلى طريقة الشيخ أبى حامد البيع باطل ولا كلام *

* قال المصنف رحمه الله تعالى *

﴿ إذا باع عينا بشرط البراءة من العيب ففيه طريقان (أحدهما) وهو قول أبي سعيد الاصطخرى إن المسألة على ثلاثة أقوال (أحدها) أنه يبرأ من كل عيب لانه عيب رضى به المشترى فبرىء منه البائع كما لو أوقفه عليه (والثانى) لايبرأ من شىء من العيوب لانه شرط يرتفق به أحد المتبايعين فلم يصح مع الجهالة كالاجل المجهول والرهن المجهول (والثالث) أنه لا يبرأ إلا من عيب واحد وهو العيب الباطن فى الحيوان الذى لا يعلم به البائع لما روي سالم أن أباه باع غلاما بثمانمائة بالبراءة من كل آفة فوجد الرجل به عيبا فخاصمه إلى عثمان رضى الله عنه فقال عثمان لابن عمر احلف لقد بعته وما به داء تعلمه فأبى ابن عمر أن يحلف وقبل الغلام فباعه بعد ذلك بألف وخمسمائة فدل على أنه يبرأ مما لم يعلم ولا يبرأ مما علمه قال الشافعى رحمه الله ولأن الحيوان يفارق ماسواه لانه يغتذى بالصحة والسقم وتحول طبائعه وقلما يبرأ من عيب يظهر أو يخفى فدعت الحاجة إلى التبرى من العيب الباطن فيه لانه لا سبيل إلى معرفته وتوقيف المشترى عليه وهذا المعنى لايوجد فى العيب الظاهر ولا فى العيب الباطن فى غير الحيوان فلم يجز التبري منه مع الجهالة والطريق الثانى أن المسألة على قول واحد وهو أنه يبرأ من عيب باطن فى الحيوان لم يعلم به ولا يبرأ من غيره وتأول هذا القائل ما أشار اليه الشافعى من القولين الآخرين على أنه حكى ذلك عن غيره ولم يختره لنفسه (فان قلنا) إن الشرط باطل فهل يبطل البيع فيه وجهان (أحدهما) لايبطل البيع ويرد المبيع لحديث عثمان رضى الله عنه فانه أمضى البيع (والثانى) أنه يبطل البيع لان هذا الشرط يقتضى جزأ من الثمن تركه البائع لاجل الشرط فاذا سقط وجب أن يرد الجزء الذى تركه بسبب الشرط وذلك مجهول والمجهول إذا أضيف إلى معلوم صار الجميع مجهولا فيصير الثمن مجهولا فيفسد العقد والله أعلم ﴾ *

فوجب التشبيه كما لو اجر مهيمة لايجوز الاطلاق هذا جواب الاصحاب فى هذا الموضع وقد رأوه متفقا عليه حتى احتجوا به لاحد الوجهين فيما لو اعار الارض مطلقا كما سبق فى العارية لكنا قد نقلنا فى مسألة إجارة الارض التى لا ماء لها تصريحهم بجواز الاجارة مطلقا فشبه ان تكون الاجارة مطلقة على وجهين كاعارتها والظاهر للمنع فيهما وماذكروه فى اجارة الارض التى لاماء لها مفرع على الوجه الآخر

(الشرح) هذا الفصل باب مستقل بوب عليه المزني والأصحاب بباب بيع البراءة وكثير من الاصحاب أدرجوه في هذا الباب لانه من مسائله وقضاء عثمان هذا رواه مالك في الموطأ عن يحيى ابن سعيد عن سالم ولفظه أن عبد الله بن عمر باع غلاما له بثمانمائة وباعه بالبراءة فقال الذى ابتاعه لعبد الله بن عمر بالعبد داء لم تسمه لى فاختصما إلى عثمان بن عفان فقال الرجل باعني عبدا وبه داء لم يسمه لى قال عبد الله بن عمر بعته بالبراءة فقضى عثمان بن عفان على عبد الله بن عمر أن يحلف له لقد باعه العبد وما به داء يعلمه فأبى عبد الله بن عمر أن يحلف وارتجع العبد فباعه عبد الله بعد ذلك بألف وخمسمائة درهم ورواه البيهقي في سننه وفي المعرفة من رواية مالك كذلك وفي رواية تعليق أبي حامد وغيره من الفقهاء أن المشترى من ابن عمر زيد بن ثابت وأنهما اللذان اختصما إلى عثمان وقيل ان ذلك الداء زال عند عبد الله وصح منه وقال ابن عمر تركت اليمين لله تعالى فعوضني الله وقد روى عن زيد بن ثابت وابن عمر أنهما كانا يريان البراءة من كل عيب جائزه واسناده ضعيف قال البيهقي إنما رواه شريك عن عاصم بن عبيد الله عن عبد الله بن عامر عنهما وقال يحيى بن معين حديث شريك عن عاصم بن عبد الله عن زيد بن ثابت البراءة من كل عيب براءة ليس بشيء تفرد به شريك وكان في كتابه عن أشعث بن سوار وسئل عبد الله عن حديث شريك عن زيد بن ثابت في البيع بالبراءة فقال أخاف شريك على غير ما كان في كتابه ولم نجد لهذا الحديث أصلا قال البيهقي إن صح ماروواه في الباب حديث سالم وهو المذكور من رواية مالك في قضاء عثمان وعن شريح القاضى أنه كان لايبرأ من الداء حتى يريه إياه يقول برئت من كذا وكذا وعنه لايبرأ حتى يضع يده على الداء وعن عطاء بن أبي رباح وطاوس والحسن مثله وعن أبي عثمان النهدي قال مارأيتهم يجيزون من الداء إلا مابينت ووضعت يدك عليه وأبو عثمان النهدي كبير أدرك جميع الصحابة وفاتته الصحبة بشيء يسير والاسناد اليه في هذا جيد وعن ابن سيرين أنه لايبرأ إلا من عيب يسميه ويريه هذا مافي هذه المسألة من

أقول ولو اجر دارا أو بيتا لم يحتج الى ذكر السكنى لان الدار لاتستأجر الا للسكنى ووضع المتاع فيها وليس ضررها مختلف فيجوز الاطلاق كذا ذكروه ويجوز ان يمنع ويقال كما تستأجر الدار للسكنى كذلك تستأجر لتتخذ مسجدا ولعمل الحدادين والقصارين واطرح الزبل فيها وهى أكثر ضررا الا ترى أنه اذا استأجر للسكنى لم يكن له شيء من هذه الانتفاعات واذا جعلوه مبطلا في اجارة الارض مطلقا موجود في الدار ولئن قيل الاجارة لاتكون الا لاستيفاء منفعة فاذا أجر الدار واطلق منزل على ادنى الجهات ضررا وهى السكنى ووضع المتاع لزم في اجارة مثله حتى ينزل على ادنى الجهات

الأثبات عن الصحابة والتابعين ـ وأما العلماء فاختلفوا على مذاهب (أحدها) أن يبرأ من كل عيب علمه البائع أو لم يعلمه وهو مذهب أبي حنيفة وأبي ثور كما روى عن ابن عمر وزيد (والثانى والثالث) أنه لايبرأ من شيء من العيوب واختلفت عبارة هؤلاء فمنهم من يقول حتى يسميه وهو مذهب ابن أبي ليلى وسفيان الثورى والحسن بن حى وداود ونقله ابن المنذر عن ابن أبي ليلى والثورى هكذا مقيدا ونقله غيره عن الحسن بن حى وداود مطلقا وظاهر النقل عن هؤلاء أنه إذا سمى كفى سواء أكان العيب مما يعاين أم لا وهو موافق لما يقوله القاضى حسين من أصحابنا على ماسيأتى (والثالث) أنه لايبرأ من شيء حتى يضع يده عليه كما تقدم عن شريح وعطاء وهو مذهب أحمد فى رواية عنه واسحق ويشبه أن يكون ذلك الاطلاق فيما يمكن كما فصله أصحابنا كما سيأتى لكن قولهم انه يضع يده إن كان المراد المعاينة فهو قول أصحابنا فيما يمكن رؤيته وان يراد ظاهره من وضع اليد عليه فهو قول آخر وهو بعيد (الرابع والخامس والسادس) أنه لايبرأ من العيب الباطن الذى لم يعلم به فى الحيوان خاصة كقول عثمان وهو مذهب مالك الذى ذكره فى الموطأ هنا قال مالك الأمر المجتمع عليه عندنا فمن باع عبدا أو وليدة أو حيوانا بالبراءة فقد برىء من كل عيب فيما باع إلا أن يكون علم فى ذلك عيبا فان كان علم عيبا فكتمه لم تنفعه تبرئته وكان ماباع مردودا عليه وهذا القول يخرج منه عند أصحابنا فى تحريره ثلاثة أقوال كما سيأتى ان شاء الله تعالى (السابع) قول ثان لمالك وقال ابن عبد البر إن مالكا رجع اليه انه لايبرأ بذلك إلا فى الرقيق خاصة فيبرأ مالم يعلم ولا يبرأ مما علم فكتم وبعضهم قيد ذلك بأن يكون المبيع من النخاس لأن النخاس تشترى اتربح ـ وأما فى سائر الحيوان وغير الحيوان فلا يبرأ به عيب أصلا (والثامن) قول ثالث لمالك وقيل انه الذى رجع اليه أنه لاينتفع بالبراءة إلا فى ثلاثة أشياء فقط وهو بيع السلطان للمغنم أو على مفلس قال بعضهم أو فى ديون الميت (والثانى) العيب الخفيف فى الرقيق خاصة لكل أحد (والثالث) فيما يعيب الرقيق فى عهدة الثلاث خاصة (والتاسع) أن البيع باطل كما هو قول فى المذهب خارج من التفريع على القول الثانى ولا أعرفه صريحا عن

ضررا وهى لزراعة ويصح العقد بها وهذا الاشكال ينساق الى انه لابد فى استئجار الدار من بيان انه يستأجر للسكنى او العمل فيها وقد اجاب به بعض شارحى المفتاح ولو قال اجرتك هذه الارض تنتفع بها ماشئت فمنقول الامام وصاحب الكتاب ان الاجارة صحيحة وله ان ينتفع ماشاء لرضاه وفى التهذيب وجه اخرأنها لاتصح كما لو قال بعتك من هذه العبيد من شئت ولو قال اجرتكها للزراعة ولم يذكر مايزرع أو للبناء والغراس واطلق فوجهان كالوجهين المذكورين فيما اذا اعار الارض للزراعة ولم يبين الزرع (أظهرهما) عند الاكثرين الجواز وبالمنع قال أبو حنيفة وابن سريج ونقله القاضى ابن كج عن

أحد من السلف إلا عن مذهبنا و بعض الظاهرية وان صح أن أحدا يقول لابد من وضع اليد كما هو ظاهر النقل عن شريح وغيره كانت للمذاهب عشرة هذه جملة المذاهب (وأما) تفصيل مذهبنا فقد اختلف الأصحاب عن طرق أشهرها و به قال ابن سريج وابن الوكيل والاصطخري إنه على ثلاثة أقوال وهي المذكورة في الكتاب وأظهر الأقوال الثالث منها وهو أنه يبرأ في الحيوان ما لا يعلمه البائع من الباطن دون الظاهر ودون ما يعلمه من الباطن ولا يبرأ في غير الحيوان بحال - وحاصل هذه الطريقة أن في الحيوان ثلاثة أقوال وفي غير الحيوان قولين ولا يجيء الثالث في غير الحيوان لأنه لا باطن له كما قاله القاضي أبو الطيب والقاضي حسين وغيرهما (والطريق الثاني) القطع بهذا القول الثالث والى ذلك ذهب ابن خيران وأبو اسحاق المروزي على ما حكاه الماوردي وغيره وقال ابن أبي عصرون انها الاصح وقال الامام انها الاليق بكلام الشافعي مع قوله أن الاولى أشهر وفي المجرد من تعليق أبي حامد نسبتها الى عامة أصحابنا والطريق الثالث حكاه الماوردي عن ابن أبي هريرة أنه يبرأ في الحيوان من غير المعلوم دون المعلوم ولا يبرأ في غير الحيوان من المعلوم وفي غير المعلوم قولان وقد رأيتها كذلك في تعليق أبي علي الطبري عن ابن أبي هريرة (والطريق الرابع) يخرج من منقول الامام وهي اثبات ثلاثة أقوال في الحيوان وغيره (ثالثها) الفرق بين المعلوم وغير المعلوم (والطريقة الخامسة) القطع في الحيوان بالفرق بين المعلوم وغيره واجراء الاقوال الثلاثة في غير الحيوان وهي تخرج من نقل سلام شارح المفتاح والطريقة الثالثة والرابعة والخامسة مقتضاها عدم التفرقة بين الباطن والظاهر وكذلك طرد التفصيل في غير الحيوان وهو لا باطن له كما تقدم عن القاضي أبي الطيب وذلك يوافق ما حكاه الامام والماوردي والرافعي أن منهم من اعتبر نفس العلم والاكثرون جعلوا العيوب الظاهرة من الحيوان كالمعلومة لسهولة الاطلاع عليها والبحث عنها قال الامام واذا جمع جامع الحيوان الى غيره انتظم له أقوال (أحدها) الصحة في الجميع (والثاني) الفساد في الجميع (والثالث) الفرق بين الحيوان

نصه في الجامع الكبير وحكى للاول عن تخريج ابن القطان حكاية الشيء الغريب ومن جوز قال له ان يزرع ما شاء لاطلاق اللفظ وكان يجوز أن ينزل على أقل الدرجات - ولو قال اجرتكها لتزرع أو تغرس لم يصح ولو قال ان شئت فازرعها وان شئت فاغرسها فاصح الوجهين على ما ذكر في الكتاب صحة الاجارة ويخير المستأجر (والثاني) المنع كما لو قال بعتك بالف مكسرة ان شئت وصحيحة ان شئت واستشهد في الكتاب للوجه الاول بما اذا قال لتنتفع كيف شئت لكنا حكينا الخلاف فيه ايضا فلا فرق - ولو قال اكريتك فازرعها واغرسها أو لتغرسها وتزرعها ولم يبين القدر فوجهان (أحدهما) و به قال ابن سلمة يصح و ينزل على النصف وعلى هذا فله ان يزرع الكل لجواز العدول من الغراس الى الزرع ولا يجوز

وغيره (والرابع) الفرق بين ما علمه البائع وكتمه وبين مالم يعلم وقد ذكرنا البعض الظاهر والباطن
فقد يجرى من خلاف الأصحاب فيه قول خامس (وقال) الغزالى فى البسيط أن مجموعها سبعة أقوال
(أحدها) صحة الشرط مطلقا (والثانى) فساده مطلقا (والثالث) فساده فيما علمه وصحته فيما لم يعلمه
(والرابع) فساده فيما علمه أو يسهل العلم به (والخامس) فساده فى غير الحيوان وصحته فى الحيوان
(والسادس) فساده إذا أبهم العيب وصحته إذا عينه (والسابع) فساده فيما سيحدث فى يد البائع إذا
ذكر مقصودا وصحته فيما عداه (قلت) وفى الخامس نظر لأنه يقتضى الصحة فى الحيوان مطلقا من غير
تفصيل فتحرير العبارة فيه أن يقال يفسد فى غير الحيوان ويصح فى الحيوان فيما لم يعلم أو لم يسهل العلم
به (والسابع) صحيح لما سيأتى عن القاضى حسين مع جريان الخلاف مع التعيين (والثامن) صحيح
أيضا لما سيأتى ويأتى فيه وجه ثامن بالفساد فيما سيحدث فى يد البائع إذا ذكر ولو تابعا (والوجه التاسع)
بطلان العقد وسبب اختلاف الاصحاب على هذه الطرق أن الشافعى قال على ما حكاه المزنى فى المختصر
اذا باع لرجل شيئا من الحيوان بالبراءة فالذى أذهب اليه قضاء عثمان بن عفان رضى الله عنه أنه برىء
من كل عيب لم يعلمه ولا يبرأ من عيب علمه ولم يسمه ويقفه عليه تقليدا وأن الحيوان يفارق ما سواه
لانه يغتذى بالصحة والسقم وتحول طبائعه وقل ما يبرأ من عيب يخفى أو يظهر وان صح فى القياس لولا
ما وصفنا من افتراق الحيوان وغيره أن لا يبرأ من عيوب لم يرها ولو سماها لاختلافها أو يبرأ من كل
عيب والاول أصح وهذا النص نقله المزنى من اختلاف العراقيين من الأم فان فيه فى باب الاختلاف
فى العيب قال الشافعى واذا باع الرجل العبد أو شيئا من الحيوان بالبراءة من العيوب فالذى نذهب اليه
والله أعلم * قضاء عثمان بن عفان رضى الله عنه انه برىء من كل عيب لم يعلمه ولم يبرأ من عيب علمه
ولم يسمه البائع ويقفه عليه وانما ذهبنا الى هذا تقليدا وان فيه معنى من المعنى يفارق فيه الحيوان
ما سواه وذلك انما كانت فيه الحياة فكان يغتذى بالصحة والسقم وتحول طبائعه قل ما يبرأ من عيب يخفى
أو يظهر فاذا خفى على البائع ابراءه يبرئه منه واذا لم يخف عليه فقد وقع اسم العيوب على ما بعضه يقل
ويكثر ويصغر ويكبر وتقع التسمية على ذلك ولا يبرأ منه الا أن يقفه عليه وان صح فى القياس لولا التقليد
وما وصفنا من تفرق الحيوان بأن لا يبرأ من عيب كان به لم يبرئه صاحبه ولكن التقليد وما وصفنا
الأولى بما وصفنا هذا كلام الشافعى رحمه الله فى اختلاف العراقيين وفيه زيادة فائدة على ما قاله
المزنى عنه وهو قوله العبد أو شيئا من الحيوان فان فيه تصريحا بالتسوية فى ذلك بين العبد الذى يخبر
عن نفسه وبينه على العيب الذى به وبين غيره من الحيوان الذى لا يمكن فيه ذلك وهذه فائدة جليلة
وليس كما وقفت عليه من اختلاف العراقيين ذكر الذى قاله المزنى آخرا من أنه يبرأ من كل عيب اما

ان يغرس الكل واقربهما و به قال المزنى وابن سريج وابو اسحق انه لا يصح لأنه لم يبين كم يزرع وكم يغرس
بل لو قال لتزرع النصف وتغرس النصف فمن القفال انه لا يصح لانه لم يبين المغروس والمزروع فصا

عرف ذلك فالأكثرون قالوا ان هذا الكلام من الشافعى يقتضى التردد بين القول الأول الموافق لقضاء عثمان وبين القولين الأخيرين اللذين أشار اليهما بقوله وان صح فى القياس لولا ماوصفنا أن لايبرأ أو يبرأ من كل عيب فهذه ثلاثة أحوال - ومنهم من منع ذلك وقال وان كان الشافعى أشار الى ذلك ولكنه اختار القول وقال لولا قضاء عثمان ومفارقة الحيوان لغيره لكان القياس هذا ولكن تركت القياس لقول عثمان والفرق بين الحيوان وغيره قال القاضى أبو الطيب (قلت) أما قال الشافعى فى كتاب اختلافه ومالك ولو ذهب ذاهب الى أن من باع بالبراءة برىء مما علم ومما لم يعلم لكان مذهبا يجد فيه حجة وهذا مثل قول أبى حنيفة وقد نص عليه فى هذا الكتاب وهذا يبطل قول من قال ان مذهبه لايختلف فيه وأنه قول واحد انتهى * والجوزى نقل عن هذا النص عن رواية حرملة والماوردى ذكر هذا النص وقال ابن أبى خيران وأبو اسحاق لم يخرجا ذلك قولا لاجماله (قلت) والاجمال فيه ظاهر وقد اختار المصنف فى اللمع ان مثل هذه العبارة لاتجوز أن يجعل ذلك قولا له والمشهور طريقة اثبات الاقوال لما تقدم وفى الاستذكار لابن عبد البر أن الشافعى قال فى الكتاب العراقى ببغداد بأنه لايبرأ الا من عيب يريه للمشترى فاستفدنا بهذا النقل اثبات القول بعدم البراءة وانه فى القديم وأضعف الطرق الطريقة الرابعة المأخوذة من الامام فانها لم تفرق بين الحيوان وغيره وذلك خلاف صريح قول الشافعى وطريقة ابن أبى هريرة محتملة ولو ذهب ذاهب الى طريقة سادسة وهو أنه فى الحيوان يقطع بالقول الثالث وفى غير الحيوان قولان (أحدهما) يبرأ مطلقا (والثانى) لايبرأ مطلقا لكان لذلك وجه وهذه غير طريقة ابن أبى هريرة لأنه يقطع بأنه لايبرأ من غير المعلوم فى الحيوان وهذه الطريقة التى أقولها مقتضاها اجراء القولين فى غير الحيوان فيما علمه وفيما لم يعلمه والقطع بالتفصيل فى الحيوان ووجه هذه الطريقة اختيار الشافعى لقضاء عثمان وقوله انه لولا ذلك والفرق بين الحيوان وغيره لكان يبرأ أو لايبرأ يعنى كان فيه قولان وهذا دليل على ثبوت القولين فيما عدا المحل الذى فيه تقليد عثمان والفرق المذكور وهو غير الحيوان فالطريقة القاطعة بأنه لايبرأ فيه من عيب أصلا كما تقتضيه طريقة ابن أبى خيران وأبى اسحاق لادليل عليها من كلام الشافعى وانما غاية كلام الشافعى على مقتضى استدلالهم أن يدل على القطع فى الحيوان خاصة فهذه طريقة لم أر أحدا ذهب اليها ولها وجه ظاهر من كلام الشافعى وقول الشافعى فى المختصر والاول أصح الظاهر أنه يريد به الاول من الاحتمالين اللذين ذكرهما لولا تقليد عثمان ومفارقة الحيوان لغيره أى أن القول أنه لايبرأ على ذلك التقدير أصح من القول بأنه يبرأ من كل عيب لاجل ذلك والله أعلم * اقتصر عليه فى اختلاف العراقيين ويحتمل أن يكون المراد

كما اذا قال بعتك احد هذين بالف والآخر بخمسمائة ويجب فى استئجار الارض للبناء بيان موضعه وطوله وعرضه وفى بيان قدر ارتفاعه وجهان ذكرهما فى كتاب الصلح بتوجيههما (والاظهر) ماأجاب به فى الكتاب هناك وهو انه لاحاجة اليه بخلاف ماإذا استأجر سقفا للبناء *

بالاول ماقاله موافقا لقضاء عثمان ويكون في ذلك تقوية لان في المسألة ثلاثة أقوال في الحيوان وقولين في غيره كما هو الطريقة المشهورة *

﴿ فرع ﴾ قسم الماوردي البيع بشرط البراءة إلى ثلاثة أضرب (أحدها) يبرأ من عيوب سماها ووقف المشتري عليها فهذه براءة صحيحة وبيع جائز لانتفاء الجهالة ولزوم الشرط في العقد فان وجد المشتري بالمبيع غير تلك العيوب فله الرد وان لم يجد إلا تلك فليس له الرد (الضرب الثاني) أن يبرأ من عيوب سماها ولم يقف المشتري عليها فهذا على نوعين (أحدهما) أن تكون العيوب مما لا يعاين كالسرقة والاباق فتصح البراءة فيها بالتسمية لأنها غير مشاهدة فلم يمكن الوقوف عليها واكتفى بالتسمية فيها فان ذكرها إعلاما واطلاع عليها (والنوع الثاني) أن تكون مما يعاين كالبرص والقروح فلا تكفي التسمية حتي يقف عليها ويشاهدها لأن لنقص العيب قسطا من الثمن يزيد بزيادته العيب وينقص بنقصه فصارت التسمية لها عند عدم مشاهدتها جهلا بها (قلت) وهذا معني قوله في المختصر ولو سماها لاختلافها وكذلك قوله في اختلاف العراقيين ولا يبرأ منه إلا أن يقفه عليه وكلام الماوردي يقتضي أن هذا الضرب ليس محل الخلاف ولا شك أن القائل بالبراءة مطلقا إذا أطلق شرط البراءة يقول هنا عند التسمية وان لم يقفه عليها بطريق الأولى وكذلك إذا كان البرص ونحوه في باطن فان الأصح أن يبرأ منه إذا لم يعلمه عند الاطلاق ففي حالة التسمية كذلك وكذلك قال الرافعي انه ان أراه موضع البرص وقدره صح وان لم يره فهو كشرط البراءة مطلقا وكذلك يقتضيه كلام الامام والفوراني والمتولي والبغوي وينبغي أن يحمل كلام الماوردي على هذا المعني قال الرافعي هكذا فصلوه وكأنهم تكلموا فيما يعرفه في المبيع من العيوب واما مالا يعرفه ويريد البراءة عنه لو كان فقد حكى الامام تفريعا على فساد الشرط فيه خلافا مخرجا على ماذكره من المعنيين يعني ان العلة في فساد الشرط الجهالة أوكونه من مقتضى العقد (إن قلنا) بالأول صح لانتفاء الجهالة (وان قلنا) بالثاني فلا

قال ﴿ (أما الدوب) فان استؤجر للركوب عرف (م) الآجر الراكب برؤية شخصه أو سماع صفته في الضخامة والنحافة ليعرف وزنه تخمينا * ويعرف المحمل (ح) بالصفة في السعة والضيق وبالوزن فان ذكر الوزن دون الصفة أو بالعكس ففيه خلاف (و) * ويعرف تفاصيل المعاليق * فان شرط المعاليق مطلقا فهو فاسد (ح م) علي النص لتفاوت الناس فيه * والمستأجر يعرف الدابة برؤيتها أو بوصفها إن أوردت الاجارة على العين أهي فرس أم بغل أم ناقة أم حمار * وفي ذكر كيفية السير من كونها مهملجا أو بحرا خلاف (و) * ويعرف تفصيل السير والسري ومقدار المنازل ومحل النزول أهو القرى أو الصحراء إن لم يكن للعرف فيه ضبط * وان كان فالعرف متبع ﴾ *

﴿ النوع الثالث ﴾ الدواب وتستأجر لأغراض (منها) الركوب وفيه مسائل (احداها)

ومثـل صاحب التتمة بتسمية العيب بأن يقول على أنه برىء من الزنا والاباق والسرقة وهذا الذى تقدم من أن الذى تمكن معاينته لاتكفى فيه التسمية هو قول الأصحاب قال القاضى حسين وعنده يكون يصح فى هذا الموضع لقلة الجهالة وهذا مخالف لما تقدم من كلام الشافعى ومثل القاضى هذا النوع بأخباره بمثل الجدار وانكساح الجذع *

﴿ فرع ﴾ ادعى الرافعى أنه لاخلاف فى البراءة إذا شرط البراءة من الزنا والسرقة والاباق لان ذكرها إعلام وفى كلام القاضى حسين فى الفتاوى مايقتضى المنازعة فى هذا الاطلاق وانه إن قال هو آبق و بعتكه بشرط أنى برىء من عيب الاباق برىء قطعا ولو قال لاأعلمه آبقا و بعتكه بشرط أني بريء من عيب الاباق قال فلهذه المسألة مقدمة وهى أنه لو اشتراه ولم يعلمه آبقا فقال أبرأتك من عيب الاباق فبان آبقا هل له الرد وجهان كما لو باع مال ابنه على ظن أنه حى فبان ميتا (فان قلنا) يبرئ برىء هنا (وان قلنا) لايبرأ فالبيع بهذا الشرط هل يصح على قولين (فان قلنا) يصح ففى صحة الشرط جوابان - وان قال بعتكه بشرط أنى بريء من الاباق يعني لولم يعلم شيئا قال فالظاهر أنه ليس له رده لان الشرط إعلام - وان قال لاأعلم هل هو آبق أولا ولم يزد عليه يعنى ولم يشترط فوجده آبقا فله الرد ذكر هذه المسائل القاضي حسين فى فتاويه ﴿ الضرب الثالث ﴾ أن يبرأ اليه من كل عيب من غير أن يسميها ولا يقف المشتري عليها فهو محل الاقوال والطرق المتقدمة *

﴿ فرع ﴾ فى الاستدلال للاقوال المذكورة غير القول الظاهر من المذهب وأجوبتها (أما) القول الاول وهو أنه يبرأ من كل عيب وهو مذهب أبى حنيفة فقوله ﷺ المؤمنون عند شروطهم وبان الابراء من المجهول صحيح لقوله ﷺ لرجلين تخاصما عنده فى مواريث درست أسهما وموجبا

يجب أن يعرف المؤجر الراكب وفى طريق معرفته وجوه قيل الطريق المشاهدة لان الغرض يتعلق بثقل الراكب وخفته بالضخامة والنحافة وكثرة الحركات والسكنات والوصف لايفى بذلك - ومنهم من قال إن كان غائبا وصفه وذكر وزنه وقال آخرون بل يذكر صفته فى الضخامة والنحافة ليعرف وزنه تخمينا وهذا ماذكره الامام وصاحب الكتاب وأكثر الأصحاب على اعتبار المشاهدة لكن الحاق الوصف التام بهذا أشبه فى المعنى لأنه يفيد التخمين كالمشاهدة ويجوز أن يعلم (قوله) عرف المؤجر الراكب - بالميم - لان الحكاية عن مالك أنه يجوز فيه الاطلاق لتفاوت أجسام الناس غالبا (الثانية) ان كان الراكب مجردا ليس معه مايركب عليه فلا حاجة الى ذكر مايركب عليه لكن للمؤجر يركبه على مايشاء من سرج أو اكاف زاملة على مايليق بالعادة وان كان يركب على رحل او فوق زاملة أو فوق محمل أو عمارية وفى غير الابل أراد الركوب على سرج أو اكاف وجب ذكره

وليحلل أحدكما صاحبه رواه البيهقى فى كتاب الصلح و بأنه اسقاط حق لاتسليم فيه فيصح فى المجهول كالطلاق والعتق و بأن خيار العيب انما يثبت لاقتضاء مطلق العقد السلامة فاذا صرح بالبراءة فقد ارتفع الاطلاق (والجواب) عن الاول أنه روى فى هذا الحديث ماوافق الحق منها على أن الحديث المذكور فيه كلام ومنع بعضهم صحته ثم هو معارض لقوله ﷺ كل شرط ليس هو فى كتاب الله فهو باطل ونهيه عن بيع وشرط (وعن الثانى) بأن التحليل يصح بأن يصيره معلوما فيقول من كذا و كذا (وعن الثالث) بأن الطلاق والعتق يصح تعليقهما فصحا فى المجهول بخلاف الرد بالعيب وأما القول الثانى وهو أنه لايبرأ من شيء من العيوب إلا بالتسمية والتوقيف فلانهى عن بيع وشرط وعن الغرر ومن القياس أنه رفق فى البيع لايثبت إلا بالشرط فلا يثبت مع الجهالة كالاجل والرهن والضمان ولأنه عيب لم يقف عليه المشترى فيثبت له رد المبيع على صفته كما إذا لم يبرأ منه وفيه احتراز عن حدوث العيب والرضى به و بأن الابراء من المجهول لايصح لأنه تبرع لايصح تعليقه فلايصح فى المجهول كالهبة و بأنه خيار ثابت بالشرع فلا ينفى بالشرط كسائر مقتضيات العقد وملخص هذه الأقيسة الدالة لهذا القول ترجع إلى سببين (أحدهما) التعليل بالجهالة (والثانى) بمخالفة مقتضى العقد ووضع الشرع فى الرد بالعيب فان قالوا الهبة فيها تسليم والجهالة تمنع من التسليم انتقض عليهم بالوصية والاقرار فيهما تسليم واجب و يصحان فى المجهول وفى الاستدلال طريقة أخرى بأن تفرض المسألة فيمن شرط البراءة مما يحدث فى يده من عيب لأنه ابراء من الضمان قبل التسليم فلم يجز كالابراء من ضمان جميع الثمن إذا تلف فى يده ـ وأما القول الرابع والخامس فضعيفان جدا لادليل لهما والسادس وهومذهب أحمد قريب من الثالث الذى هو ظاهر المذهب *

و ينبغى أن يعرف المؤجر هذه الآلات فان شاهدها كفى والا فان كانت سروجهم وما فى معناها على وزن وتقطيع لايتفاضل فيه التفاوت كفى الاطلاق وحمل على معهودهم وان لم يكن معهود مطرد فلابد من ذكر وزن السرج والاكاف والزاملة هذا هو المشهور ـ وفى النهاية أن أحدا من الاصحاب لم يتعرض لاشتراط الوزن فى السرج والاكاف لانه لايكثر فيهما التفاوت وفى المحمل والعمارية ثلاثة أوجه (أحدها) أنه لايصح العقد ولا بد من مشاهدتهما (وأشبههما) وهو المذكور فى الكتاب أنه يكفى فيها الوصف وذكر الوزن لافادتهما التخمين كالمشاهدة ولك أن تحتج بقوله فى المختصر فان ذكر محملا أو مركبا أو زاملة بغير رؤية ولا وصف فهو مفسوخ للجهل بذلك فاعتبر الوصف كالرؤية وعلى هذا لو ذكر الوزن أو الصفة دون الوزن فوجهان (أظهرهما) أنه لايكفى لبقاء الجهل مع سهولة ازالته وذكر فى التهذيب أن الزاملة تمتحن باليد ليعرف خفتها وثقلها بخلاف الراكب

(فرع) في الاستدلال للقول الظاهر من المذهب الحجة فى ذلك ماذكره الشافعى رضى الله عنه من قضاء عثمان رضى الله عنه مع مفارقة الحيوان لما سواه كما بينه فلو حكمنا بأن البيع والشرط لا يصح لأدى إلى أن لا يستقر بيع فى حيوان أصلا والتمسك به من وجهين (أحدهما) أن ابن عمر من كبار الصحابة وزيد بن ثابت أيضا كذلك وقد قيل انه المشترى منه وترافعهما إلى امام الوقت فى خصومة ويقضى بينهما بقضاء الظاهر أن ذلك يعسر ولم يثبت عن أحد منهم الانكار فكان اجماعا واعترض على هذا بأن ابن عمر مخالف فانه علم العيب واعتقد أنه لا يثبت الرد (أما) علمه فلامتناعه من اليمين (وأما) اعتقاده فلو لم يكن كذلك لقبله (وأجاب) الأصحاب بأنه يحتمل أن لا يكون علم وامتنع عن اليمين تورعا (قلت) وهذا الجواب والاحتمال يعتضد بما تقدم عن البيهقى أنه لم يثبت عن ابن عمر القول بالبراءة لكن الشافعى رحمه الله فى اختلافه مع مالك قال وقد اختلف عثمان وابن عمر فى العبد يبتاع ويبرأ صاحبه من العيب فقضى عثمان على ابن عمر رضى الله عنهم بأن يحلف ما كان به داء علمته وقد رأى ابن عمر أن التبرى يبرئه مما علم ومالم يعلم قال الشافعى يخاطب من سأله فاخترت قول ابن عمر وسمعت من أصحابك من يقول عثمان الخليفة وقضاؤه بين المهاجرين والأنصار كأنه قول عامتهم وقوله بهذا كله أولى أن يتبع من ابن عمر انتهى * ذكر الشافعى هذا فيما روى مالك عن عثمان وخلافه فهذا الكلام من الشافعى يقتضى اعتقاده أن ابن عمر مخالف لعثمان وحينئذ يمتنع الاستدلال بهذا الوجه الذى ذكره الاصحاب. وممن ذكره الشيخ أبو حامد والقاضى أبو الطيب وان كان ماذكروه من الاحتمال صحيحا لكن لا يستقيم الاستدلال للشافعى بذلك وهو قائل بخلافه. نعم يصح لمن ينظر من حيث الجملة ولا يتقيد بكلام الشافعى أن يقوله. ومما يضعف التمسك بهذا الوجه للمذهب أن

لا يمتحن بعد المشاهدة وينبغى أن يكون المحمل والعمارية فى ذلك كالزاملة ولا بد فى المحمل ونحوه من الوطاء وهو الذى يفرش فيه ليجلس عليه فينبغى أن يعرف بالرؤية والوصف والغطاء الذى يستظل به ويتوقى من المطر قد يكون وقد لا يكون فيحتاج الى شرطه واذا شرط فجواب الشيخ أبي حامد وابن الصباغ انه يكفى فيه الاطلاق لأن التفاوت فيه قريب ويغطيه بجلد أو كساء أو لبد وفى شرح القاضى ابن كج والتتمة انه يعتبر وصفه أو رؤيته كالوطاء وهو ظاهر النص نعم لو كان فيه عرف مطرد كفى الاطلاق كما سبق فى المحمل وغيره وقد يكون للمحمل طرف من لبد أو أدم فهو كالغطاء وليعلم (قوله) فى الكتاب ويعرف المحمل بالحاء لأن عند أبي حنيفة يجوز فيه الاطلاق ولا حاجة الى تعريفه (وقوله) بالصفة بالواو للوجه الذاهب الى المشاهدة (الثالثة) اذا استأجر للركوب وشرط حمل المعاليق وهى السفرة والاداوة والقدر والقمقمة ونحوها فان رآها المؤجر أو وصفها وذكر

الشافعي عضد قول عثمان رضى الله عنه بما ذكره من مفارقة الحيوان لغيره وعلى هذا الوجه لايحتاج إلى ذلك وأيضا لو كان كذلك لما سماه تقليدا وأيضا فانه مشى على أن قول الصحابي إذا انتشر ولم يعرف له مخالف يكون كالاجماع السكوتي وفيه نزاع فانه أنزل رتبة مما يتحقق فيه سكوت الباقين (وان قلنا) بأن الاجماع فى السكوت حجة لاسيما هذه المسألة مع الاحتمال القوى فى مخالفة ابن عمر وورود الرواية عنه وعن زيد بذلك من غير هذه الطريق وان كانت ضعيفة فان ذلك يخرم الظن بعدم الخلاف — وذكر الامام ههنا معترضا على التمسك بهذا الوجه أن مذهب الشافعي فى الجديد أنه لاينسب إلى ساكت قول (الوجه الثانى) من الاستدلال ماذكره الشافعي وأشار اليه من اعتضاد قول عثمان رضي الله عنه بالقياس ومثل هذا يكون حجة عند الشافعي على القديم فلأن قول الصحابي حجة يقدم على القياس — وأما على الجديد فلأنه يرى أن قول الصحابي مع القياس الضعيف المسمى عند الماوردى بقياس التقريب يقدم على القياس القوى المسمى عند الماوردي بقياس التحقيق وهل المراد بالضعيف الذى لاتجتمع فيه شروط القياس فيشكل اعتضاد ماليس بحجة بما ليس بحجة ويأتى فيه البحث الذى تقدم فى المرسل فى مسألة بيع اللحم بالحيوان أو الذى اجتمعت فيه شروط القياس لكنه خفى لو انفرد يقدم القياس القوى عليه وهذا هو الذى ينبغى أن يكون المراد وقد فسر الماوردي فى كتاب الايمان مراده بقياس التقريب وقياس التحقيق وههنا مباحث (أحدها) أطلق الشيخ أبو حامد هنا أن قول الصحابي على القديم حجة مقدمة علي القياس واقتضى كلامه أن ذلك مطلق وان لم ينتشر وقيده الماوردى بالمنتشر الذى لم يعلم خلافه وهما قولان فى القديم منقولان عن الشافعي فى كتب الأصول — وقال ابن الصباغ انه فى القديم حجة وفى الجديد ليس بحجة إلا أن ينتشر

وذنها ؟ ذلك وان اطلق قال الشافعي رضى الله عنه القياس انه فاسد ومن الناس من يقول له بقدر مايراه الناس وسطا وفيه طريقان للاصحاب (أشهرهما) ان فى المسألة قولين وماذكره تمثيل قولين (أحدها) و به قال أبو حنيفة ومالك يتم العقد ويحمل الشرط على الوسط المعتاد (وأصحهما) للمنع لاختلاف الناس فيها (والثانية) القطع بالقول الثانى وحمل ماذكره على نقل مذهب الغير — وان استأجر للركوب من غير شرط المعاليق لم يستحق حملها لان الناس فيه مختلفون فقد لايكون للراكب معاليق أصلا وفيه وجه انه كما لو شرط واطلق وماذكرناه فى السفرة والاداوة الخاليتين فان كان فى هذه طعام وفى تلك ماء فسيأتى فى الباب الثانى ان شاء الله تعالى (الرابعة) ان كانت الاجارة على عين الدابة فلابد من تعيينها وفى اشتراط رؤيتها الخلاف فى شراء الغائب فان كانت فى الذمة فلا بد من ذكر جنسها اهى من الابل أو الخيل أو البغال أو الحمير ومن ذكر نوعها اهى عربية أم نجيبة ومن ذكر الانوثة والذكورة

فاقتضي ذلك أنه اذا انتشر يكون حجة فى الجديد وقال الجوزي إن قول الصحابى الذى ليس له مخالف انما يكون حجة فى الجديد إذا اعتضد بضرب من القياس وانه فى القديم حجة فاذا احتمل المسألة أصلا كان ماوافقه أولى وهو أدون الاجماعات وأعلى منه الاجماع الذى تعرفه الخاصة كتحريم النكاح فى العدة وأعلى منه وهو اجماع الخاصة والعامة لكون الظهر أربعا هذا مختصر كلام الجوزى وقال البندنيجى فى مقدمة كتابه الذخيرة قال الشافعى فى أدب القاضى ولا يجوز لاحد من أهل العلم أن يقلد أحدا غير رسول ﷺ ولم يرد الشافعى أن النبي ﷺ قوله يسمى تقليدا وانما أرادقبول قوله فى صورة التقليد - فأماالصحابة فان قال علماؤها قولا كان حجة مقطوعا على معينها وان قال واحد منهم قولا وانتشر فى الباقين فان صوبوه أو قالوا مايدل على الرضا فهو اجماع أيضا وحجة مقطوع على معينها إن بلغهم وسكتوا ولم يكن منهم مايدل على نص ولا انكار فاذا انقرض العصر كان حجة أيضا مقطوعا على معينها فى إطلاق اسم الاجماع عليه من ناحية العبارة وجهان ظاهر قول الشافعى انه لايسمى اجماعا - وقال داود وأكثر المتكلمين ليس بحجة وان قال واحد منهم قولا ولم ينتشر قال فى القديم هو حجة وهو قول مالك وأبي حنيفة وقال فى الجديد ليس بحجة (فان قلنا) ليس بحجة فان عاضده قياس وان ضعف كان قوله مقدما على القياس القوي وان لم يعضده قياس كان بمنزلة قول التابعى يقدم القياس عليه ولا يخص بقوله العموم (وان قلنا) حجة قدم على القياس القوى إلا أن يكون القياس فى معنى الاصل فيكون هذا القياس مقدما عليه وهل يخص به العموم وجهان هذا فى قول الصحابى على سبيل الفتيا (أما) حكمه فان كان بعد استشارة الصحابة فاجماع والا فان انتشر ولم ينكر فالذى سمعت الشيخ يقول ليس بحجة وهو بمنزلة قول

لاختلاف الغرض فان الأنثى اسهل سيرا والذكر اقوى وفى المسامحة به بذكر الانوثة والذكورة وجه وهل يجب ان يقول مهملج أو بحر أو قطوف فيه وجهان (أظهرهما) نعم لان معظم الغرض يتعلق بكيفية السير (الخامسة) اذا استأجر دابة للركوب فليبينا قدر السير كل يوم فاذا بيناه حملا على المشروط فان زادا فى يوم او نقصا فلا جبران بل يسيران بعد على المشروط واذا اراد أحدهما المجاوزة عن المشروط أو النزول دونه لخوف أو خصب لم يكن له ذلك الا ان يوافقه صاحبه قاله فى التهذيب وكان يجوز ان يجعل الخوف عذرا لمن يحتاط ويؤمر الآخر بموافقته - وان لم يبينا قدر السير واطلقا العقد نظر إن كان فى الطريق منازل مضبوطة صح العقد وحمل عليها وان لم يكن فيه منازل أو كانت والعادة مختلفة فيها لم يصح العقد حتى يبينا أو يقدرا بالزمان هذا ما اشتملت عليه الطرق ووراءه شيئان (أحدهما) عن ابي اسحق انه قال انا اذا كترى الى مكة فى زماننا لم يكن بد من ذكر المنازل لان السير فى هذا

الواحد إذا لم ينشر علي قوابين لان حكم الحاكم لايسع خلافه فلا يدل السكوت علي الرضى و رأيت أبا على الطبرى فى الافصاح يقول هذا حجة قولا واحدا ولكن هل يقع على معيتها على وجهين (أحدهما) نعم كالفتوى (والثانى) لا واذا انتشر قول التابعى فى التابعين لم يكن كانتشار قول الصحابى فى الصحابة علي الاصح وهو قول أبى العباس هذا تلخيص كلام البندنيجى وكثير مما ذكره شاركه فيه المصنف وأكثر الاصحاب ولكن فى كلامه زيادة فوائد فلذلك رأيت نقله واختار المصنف على قولنا إنه ليس بحجة أنه إذا عضده قياس ضعيف لايصير حجة لان كلا منهما بانفراده ليس بحجة (وقال) الصيرفى يصير حجة وهو الذى قاله المصنف فى الاصول يخالف ماقاله الشيخ أبو حامد والماوردى هنا أن ذلك حجة على القديم والجديد وقد قدمت أنه ينبغى تفسير الضعيف بما يكون حجة لا أن يكون ثم قياسا أقوى منه فيقدم هو مع قول الصحابي على القياس القوي وحينئذ يتجه ماقاله الشيخ أبو حامد ولا يرد ماقاله المصنف إلا أن يكون فهم عن الصيرفى أنه يقول بظاهر عبارته وحينئذ لايكون قادحا فى دعوى عدم الخلاف فى مسألتنا إذا فسرنا الضعيف بالتفسير الذى ذكرته وقد رأيت كلام أبى بكر الصيرفى فى كتابه المسمي بالاجماع والاختلاف وهو يشعر بما قلناه ويشير الي أن ذلك تأويل قول الشافعي فى القديم أنه حجة كأنه يرى انه اذا لم ينتشر ولا يعضده شيء لايقول الشافعى به فى قديم ولا جديد وان اعتضد أو انتشر قال به فى القديم والجديد وقال القاضى حسين فى أول تعليقته انه اذا اقترن بقول الصحابي قياس خفى قدم على القياس الجلى قولا واحدا وهذا يوافق ماقلته وما قاله الشيخ أبو حامد وغيره ويؤيده قول الشافعى فى اختلاف الحديث وروى عن على بن أبى طالب رضى الله عنه أنه صلى فى ليلة ست ركعات في كل ركعة ست

الزمان شاق لاتطيقه الحمولة فلا يمكن حمل الاطلاق عليه والثانى ذكر القاضى أبو الطيب انه اذا كان الطريق مخوفا لم يجز تقدير السير فيه لأنه لايتعلق بالاختيار وتابعه علي هذا القاضى الرويانى فى التجريد وقضيته امتناع التقدير بالزمان ايضا وحينئذ يتعذر الاستئجار فى الطريق الذى ليس له منازل مضبوطة اذا كان مخوفا والقول فى وقت السير اهو الليل او النهار وفى موضع النزول فى المرحلة أهو نفس القرية أو الصحراء أو فى الطريق الذى نسلكه اذا كان للمقصد طريقان على ما ذكرنا فى قدر السير فى الحمل على المشروط المعهود وقد يختلف المعهود فى فصلى الشتاء والصيف وحالتى الامن والخوف فكل عادة تراعي فى وقتها (وقوله) في الكتاب ويعرف تفصيل السير والسرى المراد من السير المسير بالنهار ومن السرى المسير بالليل أو المعنى انه يجب ذكر ذلك و بيانه ان لم يكن للعرف ضبط فيه وان كان فيتبع ان اطلقا العقد اما اذا شرطا خلاف المعهود فهو المتبع لا المعهود *

سجدات ، قال لو ثبت ذلك عن على لقلت به فانه لامجال للقياس فيه (فالظاهر) أنه فعله توقيفاً فهذا النص من الشافعى يدل على أنه يقول بقول الصحابى فى بعض المواضع وان لم يكن ذلك عن المسألة التي نحن فيها وأنه انما يرده اذا دل دليل على خلافه والاصوليون ذكروا هذا النص من تفاريع الشافعى فى القديم وعندى فى ذلك لان اختلاف الحديث من كتبه الجديدة وقد رويناه من طريق المصريين عنه ـ وقال الأستاذ أبو اسحاق الاسفرايني قول الصحابى إذا انتشر حجة مقطوع بها وهل يسمى اجماعا فيه وجهان وان لم ينتشر فليس بحجة فى الجديد وهو حجة فى القديم فعلى القديم فى تخصص العموم به وجهان و يقدم القياس الجلى عليه وفي القياس الخفى وهو الشبه وجهان (أحدهما) يقدم علي قول الصحابي (والثانى) يقدم قول الصحابى عليه وهو قول أبي حنيفة ومن لاخبرة له من أصحابه يقول انه يقدم على القياس الجلي وأما على الجديد فلا يخص به العموم قطعا وفي ترجيح أحد القياسين المتعارضين به وجهان (الثانى) أن هذا القول إذا لم يكن وحده حجة فالقياس الذى عنده من الفرق بين الحيوان وغيره ان لم يكن حجة أيضا لم تثبت الدلالة باجتماعها وان كان الفرق المذكور كافيا فى القياس وتقدم الحجة فالحجة فيه لافى القول المذكور (والجواب) أن القياس القوى يقتضى أن لايبرأ مطلقا أو يبرأ مطلقا كما قال الشافعى وقد أشار الشافعى بقوله وانه أصح فى القياس يشير بذلك إلى ان هذا قياس أصح وأن ماذكره من المعني بين الحيوان وغيره قياس صحيح فلو انفرد هذان القياسان لقلنا بالقياس الاصح لكن لما جاء قضاء عثمان رضى الله عنه قوى هو والقياس الصحيح على القياس الاصح ولايمتنع اذا لم يكن قول الصحابى حجة أن لايقوى به لاسيما عثمان وقضاؤه فى هذا (الامر الثالث) أنه إذا كان الأمر كذلك فلم سماه الشافعي تقليدا وقبول قول الصحابى على القديم أو

قال ﴿ وان استؤجر للحمل فيعرف قدره بالتخمين إن كان حاضرا * فان كان غائبا فبتحقق الوزن بخلاف الراكب * وان كان فى الذمة فلا يشترط معرفة وصف الدابة إلا إذا كان المنقول زجاجا إذ يختلف الغرض بصفات الدابة * واذا شرط مائة من من الحنطة بكون الظرف ورآه فليعرف قدره ووزنه الا اذا تماثلت الغرائر بالعرف * وان قال مائة من فهو مع الظرف على الأصح (و) ﴾ *

من الأغراض التي تستأجر لها الدواب الحمل عليها فينبغى أن يكون المحمول معلوما وان كان حاضرا ورآه المؤجر كفى وان كان فى ظرف وجب أن يمتحنه باليد تخمينا لوزنه فان لم يكن حاضرا فلا بد من تقديره بالوزن أو الكيل ان كان مكيلا وبالوزن فى كل شيء أولى وأحصر فلا بد من ذكر جنسه لان تأثير الحديد والقطن فى الدابة وان استويا فى القدر مختلف فالحديد يهد مؤخرة الدابة والقطن يعمها و يتثاقل اذا دخله الريح نعم لو قال أجرتكها لتحمل عليها مائة ما شئت فأصح

إذا اعتضد بما ذكرتم على الجديد حجة وقبول الحجة لاسيا تقليدا لقبول الخبر (والجواب) ان الواجب اتباعه وقيام الحجة به وهو مجموع ما حصل من قول عثمان مع القياس الفارق والموصوف بالتقليد هو قول عثمان رضي الله عنه وحده واطلاق التقليد عليه وحده صحيح لأنه لا يجب قبوله وحده ولا يدري من أين قاله وهذان هما حد التقليد فاجتمع هذا تقليد ودليل والممتنع عندنا هو التقليد بغير دليل والرويانى قال انه ماقصد بهذه العبارة محض التقليد بل أراد الاستئناس كما قال فى الفرائض انه قلد زيد بن ثابت فى الأخوة مع الجد ثم عقبه بالقياس (الرابع) فى قول مالك رضى الله عنه فى ذلك الأمر المجتمع عليه عندنا هو فى هذا الموضع وغيره من هذه المشكلات التى استشكلها إمامنا الشافعى وغيره ففي الام من كلام الرابيع أو من كلام البويطى الله أعلم * فى اختلاف الشافعى ومالك (فقلت) للشافعي ان لنا كتابا قد صرنا لى اتباعه وفيه ذكر ان الناس اجتمعوا فيه والامر المجتمع عندنا وفيه الامر عندنا فقال الشافعى قد أوضحنا لك مايدلك على دعوى الاجماع بالمدينة أو فى غيرها وطول الشافعى فى البحث في ذلك والايراد نحو ثلاث أوراق ثم قال وما كلمت منكم أحدا قط فرأيته يعرف معناها وما ينبغى لكم أن تجهلوا كيف موضع الامر عندنا ان كان يوجد فيه ما ترون (قلت) وقد قال أبو الوليد الباجى المالكى فى كتابه الذي ألفه فى أصول الفقه وقد روى اسماعيل بن أبي أويس رحمه الله عن مالك بيان قوله الأمر المجتمع عليه (فقال) اسماعيل بن أبي أويس سألت خالى مالكا عن قوله فى الموطأ الأمر المجتمع عليه والأمر عندنا يفسره لى (فقال) أما قولى الامر المجتمع عليه عندنا الامر الذى لااختلاف فيه فهذا ما لا اختلاف فيه قديما ولا حديثا (وأما) قولى المجتمع عليه فهو الذى اجتمع عليه من أرضى من أهل واقتدى به وان كان فيه بعض الخلاف (وأما) قولى الامر عندنا

الوجهين أنه يجوز ويكون رضا منه باضر الاشياء فلا حاجة مع ذلك الى بيان الجنس وفى الرقم أن حذاق المراوزة قالوا اذا استأجر دابة ليحمل مطلقا جاز وجعل راضيا بالاضر وحاصله الاستغناء بالتقدير عن ذكر الجنس هذا فى التقدير بالوزن (أما) اذا قدر بالكيل فالمفهوم مما أورده أبو الفرج السرخسي أنه لا يغنى عن ذكر الجنس وان قال عشرة أقفزة مما ينبت لاختلاف الاجناس فى الثقل مع الاستواء فى الكيل لكن يجوز أن يجعل ذلك رضا بأثقل الأجناس كما جعل رضا بأضر الأجناس ولو قال أجرتك لتحمل عليها ماشئت لم يجز بخلاف ما إذا أجر الارض ليزرع ماشاء لان الدابة لاتطيق كل مايحمل وأما ظروف المتاع وحباله فان لم تدخل في الوزن فان قال مائة من من الحنطة أو كان التقدير بالكيل فلا بد من معرفتها بالرؤية أو الوصف إلا أن تكون هناك غرائر متماثلة اطرد العرف باستعمالها فيحمل مطلق العقد عليها وان دخلت فى وزن المتاع بان قال مائة من من الحنطة

وما سمعت أهل العلم فهو قول من ارتضيه وقد ... به وما انفردت من قول بعضهم هذا معنى قول مالك دون لفظه (قال) وتنزيل مالك لهذه الالفاظ على هذا الوجه وترتيبها مع تقاربها فى الالفاظ يدل على تجوزه فى العبارة وانه يطلق اللفظ للاجماع وانما يريد به ترجيح مايميل اليه من الرتبة *

(لتفريع) وقد ذكره المصنف (ان قلنا) الشرط باطل ففي بطلان البيع به وجهان وقال الامام قولان (أظهرهما) عند القاضي حسين والامام والروياني وابن داود والرافعي وهو قول ابن سريج على ماحكاه الماوردي فى المجموع المحاملي ... له وهو من كلام الشيخ أبي حامد أنه ظاهر المذهب وان فى المهذب انه ظاهر قول الشافعي وهو الذي قدمه المصنف هنا انه لايبطل لحديث عثمان رضى الله عنه فانه صحح البيع لكن هذا الاستدلال فيه نظر لان الشافعي استدل لصحة الشرط بأثر عثمان ... يستدل به لصحة البيع مع بطلان الشرط . واعلم أن قضاء عثمان على ابن عمر رضى الله عنهم ... أنه مانص منه فى أن البيع صحيح وقد يقول القائل بعد ذلك انه ليس فيه أن الشرط صحيح لاحتمال أن يكون عثمان عنده أن الشرط باطل وأن ظهور العيب موجب للرد على ابن عمر ولو كان غير ذلك من العيوب أو فى غير الحيوان لقضى فيه بهذا أيضا وهذا الاحتمال هو الذى لاحظه صاحب هذا الوجه والله أعلم * لكن يشكل عليه قول عثمان تحلف أنك ماعلمت وعندنا وعند صاحب هذا الوجه لأنا لانعرف خلافا فى هذا المذهب فيه أن من حلف فى العيب فى غير هذه المسألة يحلف على البت ولا يحلف على نفي العلم فان خالف صاحب هذا الوجه فى ذلك لم يستقم له على قاعدة الشافعي وقد ظهر لك بهذا أن أثر عثمان صحيح فى صحة البيع وفى أحد أمرين

بظرفها صح العقد لزوال الغرر بذكر الوزن هكذا ذكر لكنا إذا اعتبرنا ذكر الجنس مع الوزن وجب أن يعرف قدر الحنطة وحدها وقدر الظرف وحده ولو اقتصر على قوله مائة منا صح الوجهين أن الظرف من المائه (والثانى) انه وراءها لانه السابق إلى الفهم فعلى هذا يكون الحكم كما لو قال مائة من من الحنطة وتصوير المسألة يتفرع على الاكتفاء بالتقدير واهمال ذكر الجنس اما مطلقا أو إذا قال مائة مما شئت هذا حكم المحمل على الدابة أما الدابة الحاملة إن كانت معينة فعلى ماذكرنا فى الركوب فان كانت الاجارة على الذمة فلا يشترط معرفة جنس الدابة وصفتها بخلاف مافى الركوب لأن المقصود تحصيل المتاع فى الموضع المنقول اليه فلا يختلف الغرض بحال الحامل نعم لو كان المحمول زجاجا أو خزفا وما أشبهها فلا بد من معرفة حال الدابة ولم ينظروا فى سائر المحمولات التى تعلق الغرض بكيفية سير الدابة بسرعة أو بطء وقوة أو ضعف أو تخلفها عن القافلة على بعض التقديرات ولو نظروا اليها لم يكن بعيدا والكلام فى المعاليق وتقدير السير على ماذكرنا فى الاستئجار للركوب *

بعده إما فى صحة الشرط والفرق بين العلم وغيره كما قاله الشافعى وإما فى أن من حلف على نفى العيب يحلف علي نفي العلم فانه قد يكون مذهب عثمان ذلك وهذا يبين انا اشكالا فى التمسك به الظاهر من المذهب والامام تمسك له بأن الشرط فى وضعه ليس مخالفا لمقتضى العقد لان الغرض من العقد النفوذ فالشرط يتضمن تأكيد اللزوم والظاهر السلامة واعترض على هذا المعنى بأنه لو صح لوجب الحكم بصحة الشرط من وجهة موافقة مقصود العقد - وفرق المتولى بين شرط البراءة وسائر الشروط الفاسدة بأن قضية الامتناع من التزام سبب يفضى إلى رفع العقد فكان موافقا موضوع العقد لكن يرد عليه فى هذا الشرط أن المدعى لايكون فى ضمانه قبل القبض المنقول فيه أن العقد يبطل (والوجه الثانى) وهو الذى قدمه فى التنبيه وقال الماوردي إنه قول جمهور أصحابنا وقال الروياني وغيره من الاصحاب إنه القياس وجزم به الروياني فى الحلية أنه يبطل العقد كسائر الشروط الفاسدة ولانه يخالف مايقتضيه العقد من الرد بالعيب ولانه يفضى إلى جهالة الثمن بالطريقة التى قدرها المصنف وسيأتى أن ابن أبى عصرون اختار هذا أيضا ومال الغزالى إليه وفى المجرد من تعليق أبى حامد أن الاول ليس بشيء (وان قلنا) بصحة الشرط فكذلك فى العيوب الموجودة عند العقد أما الحادث بعده وقبل القبض فيجوز الرد به قاله الماوردى والمتولى والرافعى وغيرهم وقال القاضى حسين انه لاخلاف على المذهب فيه نقل صاحب التتمة وغيره عن أبى يوسف أنه يجوز ونقله البغوى عن أبى حنيفة وقد وهم بعضهم فزعم أن كلام الغزالى فيه اشارة إلى الحق الحادث بعد العقد وقبل القبض بالحادث قبلها في البراءة عنه وليس فى كلام الغزالى الحق ذلك إلا فى صحة اشتراط البراءة عنه فلا يعتبر بذلك - ولو شرط البراءة عن العيوب الكائنة والتى تحدث ففيه طريقان فى تعليقة القاضى حسين

(فرع) لو استأجره ليحمل هذه الصبرة إلى موضع كذا كل مكيلة بدرهم أو مكيلة منها بدرهم وما زاد فبحسابه صح العقد كما لو باع كذلك بخلاف مالو قال أجرتك كل شهر بدرهم لان جملة الصبرة معلومة محصورة وليست الاشهر كذلك ولو قال لتحمل مكيلة منها بدرهم لي أن تحمل كل مكيلة منها بدرهم أو على أن مازاد فبحسابه ففيه وجهان عن صاحب التقريب (أشبههما) المنع لانه شرط عقد فى عقد (والثانى) الجواز والمعني أن كل قفيز بدرهم ولو قال لتحمل هذه الصبرة وهى عشرة مكاييل كل مكيلة بدرهم فان زادت فبحساب ذلك صح العقد فى العشرة المعلومة دون الزيادة المشكوكة وعلى هذا أول مؤولون قوله فى المختصر ولو اكتري حمل مكيلة وما زاد فبحسابه فهو فى المكيلة جائز وفى الزيادة فاسد ومنهم من حمله على ماذا قال لتحمل هذه المكاييل كل واحدة بدرهم فان قدم إلى طعام فبحساب ذلك وعن أبى اسحق فى الزيادات على الشرح حمله على ماذا قال استأجرتك لتحمل هذه الصبرة

(أحداهما) القطع بالبطلان (والثانية) على قولين بالكائنة وقال الرافعي فيه وجهان (أصحهما) يذكر وقال الاكثرون غيره انه فاسد قال القاضي حسين ويبطل البيع بهذا الشرط وصاحب التتمة قال في هذه الصورة انه اذا فسد الشرط فالحكم في بطلان العقد على ماسبق يعني فيصح العقد على المذهب فان أفرض ماسيحدث بالشرط فهو بالفساد أولى قال الرافعي ومقتضى ذلك مجيء الخلاف فيه بالترتيب وقال الامام المذهب أن الشرط يبطل بخلاف ماذكرناه في المسألة الأولى يعني إذا جمع بين الكائنة والتي ستحدث وصرح الامام بثلاثة أوجه (أحدها) صحة البراءة في العيوب الحادثة مطلقا (والثاني) الفساد مطلقا (والثالث) الفرق بين أن يذكر تابعا أو مقصودا وهذا معنى الاولوية التي ذكرها الرافعي وحيث فرقنا بين الحادث والقديم فلو اختلفا في عيب هل هو حادث أو قديم قال الماوردي ففيه وجهان من اختلاف أصحابنا في اختلاف العلة فيما اذا ادعى البائع في غير هذه الصورة الحدوث وادعى المشترى التقدم فالقول قول البائع فمنهم من قال إن العلة أن الحدوث تعين والتقدم مشكوك فيه فههنا لايبرأ منه البائع ويكون القول قول المشتري - ومنهم من قال العلة أن ماأوجب الامضاء أولى فالقول هنا قول البائع ويمنع المشترى من الفسخ - وان فرعنا على القول الثالث فلا يبرأ مما علمه وكتمه ولا عما لم يعلمه من العيوب الظاهرة من الحيوان على الأصح - ومنهم من اعتبر ... العلم كالتقدم وهما وجهان حكاهما الماوردي هل المراد مالم يكن معلوما لخفائه وان علمه البائع أو مالم يعلمه لجهله ومقتضى كلام الروياني نسبة الأول إلى المحصلين من أصحابنا وأنه الصحيح ونسبة الثاني إلى حكاية أبي علي في الافصاح والقاضي أبي حامد في الجامع وأنه غلط والروياني قال هذا دفعا لمن زعم أن الحيوان يأتي فيه التفصيل بين المعلوم وهو المحكي في الافصاح والجامع وحيث حكى الوجهين من كلام الماوردي لم يتعترض له هل يلحق ماما كوله في جوفه بالجواز قيل نعم لعسر

مكيلة منها بكذا والباقي بحسابه لكن في هذه الصورة صحة العقد في الجميع لأن الصبرة معلومة بالمشاهدة والأجرة بالتقسيط ولو قال استأجرتك لتحمل من هذه الصبرة كل مكيلة بدرهم لم يصح على المشهور وقد مر في نظيره من البيع أنه يصح في مكيلة واحدة فيعود ههنا *

قال ﴿ وان استأجر للسقي فيعرف قدر الدلاء والعدد وموضع البئر وعمقه * وان كان للحراثة فيعرف بالمدة (و) أو بتعيين الأرض فيعرف صلابتها ورخاوتها وعلى الجملة مايتفاوت بها الغرض ولا يتسامح به في المعاملة يشترط تعريفه ﴾ *

من الأغراض سقي الارض بادارة الدولاب أو الاستقاء من البئر بالدلو فان كانت الاجارة على عين الدابة وجب تعيينها كما في الركوب والحمل وان كانت في الذمة لم يجب بيان الدابة ومعرفة

الوقوف ـ وقال الأكثرون منهم الشيخ أبو حامد والقاضى أبو الطيب والقاضى حسين وغيرهم لا وقال المحاملى انه لاخلاف فيه وكذلك الروياني قال انه لاخلاف فيه وجماعة حكوا الخلاف كما تقدم منهم الجرجانى والرافعي وغيرهما لتبدل حال الحيوان فان العيب الذي به قد يزول بنفسه و بأنه لايمكن معرفة العيب الذي فى باطن الحيوان وهذا يمكن بادخال عوذ ونحوه وبان الحيوان يغتذى بالصحة والسقم فلا يخلو فى الغالب عن عيب بخلاف هذا فعلى هذا قال الشيخ أبو حامد ان (قلنا) بطريقة الاصطخرى كان فيه قولان (وان قلنا) بالطريقة الأخرى لم يصح الشرط قولا واحدا (قلت) وهذا على الطريقة المشهورة وتأتي فيه الطرق المتقدمة *

﴿ فرع ﴾ قد اجتمع فى الشرط مع العقد ثلاثة أقوال يصحان و يفسدان يصح العقد و يفسد الشرط قال الامام والقاضي حسين قبله وهذا كاختلاف الأقوال فى شرط نفى خيار المجلس والرؤيا إذا جوزنا بيع الغائب وفيها الأقوال الثلاثة كما وصفناها وخيار الرد بالعيب خيار شرعى يتضمنه مطلق العقد كخيار المجلس وخيار الرؤية (قلت) لكن الأصح فى نفى خيار المجلس بطلان العقد (والأصح) هنا صحته عند الامام والرافعى فيحتاج إلى الفرق (وأما) على ما نسبه الماوردى إلى الجمهور فلا (قال) القاضى حسين (١) فعلى هذا الترتيب يجتمع فى الحيوان أربعة أقوال هذه الثلاثة ورابع وهو التفصيل ﴿ تنبيه ﴾ عرفت بما تقدم أن المذهب فساد الشرط فى غير الحيوان وصحته فى الحيوان مع التفصيل فى البراءة فان سقط ذلك فى غير الحيوان قال ابن أبى عصرون فالشرط والبيع باطلان وهذا منه كأنه اختيار لقوله البطلان إذا قلنا بفساد الشرط (أما) على القول الذى صححه الرافعى وغيره من انه إذا فسد الشرط يصح العقد فينبغى أن يكون كذلك ولا فرق بين الحيوان وغيره فى ذلك إذا قلنا بفساد الشرط بالحيوان وكذلك أطلق صاحب التتمة أن المذهب أن العقد صحيح *

﴿ فرع ﴾ لو شرط أن لا يرد المبيع بالعيب القديم والحادث فى ضمانه قال القاضي حسين يبطل البيع قولا واحدا وتبعه المتولى فقال اذا شرط أن لا يرد عليه اذا وجد به عيبا فالعقد باطل وعلله بأنه منع تصرف فى حق ثبت له بمقتضى العقد بخلاف شرط البراءة فانه بشرط البراءة منع ثبوت الحق

(١) بياض بالاصل

جنسها و على التقديرين فينبغى ان يعرف المكري الدولاب والدلو وموضع البئر وعمقها بالمشاهدة أو الوصف ان كان الوصف يضبطها وتقدر المنفعة إما بالزمان بأن يقول لتسقى بهذا الدلو من هذه البئر اليوم أو بالعمل بان يقول لتسقى خمسين دلوا من هذه البئر بهذه (١) الدلو ولايجوز التقدير بالارض بان يقول لتسقى هذا البستان أو جزء منه لان ريه مختلف بحرارة الهواء و برودته وكيفية حال الارض ولاتنضبط ـ ومنها الحراثة فيجب ان يعرف المكترى الارض لاختلاف الاراضى فى

وخالف الرافعى ماجرى فيه الخلاف وهو أظهر وانما ذكره القاضى فى شرط البراءة يمكن أن يقال مثله فى شرط عدم الرد ولو اختلفا فى شرط مبيع البراءة فادعاه البائع وأنكر المشترى (فان قلنا) البيع صحيح مع شرط البراءة تحالفا على الصحيح وقيل القول قول المشترى مع يمينه لأن الأصل عدم الشرط وهو قول القاضى أبى حامد ولم يذكر الرويانى فى البحر غيره وقال فيحلف أنه لم يبرئه لم يرض (وان قلنا) فاسد ففى التهذيب أن القول قول البائع بيمينه و ينبغى أن يخرج على الاختلاف فى دعوى الصحة والفساد ومن المعلوم الظاهر انه اذا باع بشرط البراءة من عيب علمه المشترى ورآه ان البيع صحيح ولا اثر للشرط المذكور فى هذه الحالة ومن جملة الاطلاع أن يقول له هذه العيوب وابرئنى منها (واذا قلنا) بالصحيح فقال المشترى علمت هذا العيب وكتمته وقال البائع لم أعلم فالقول قول البائع مع يمينه فيحلف بالله بعته وماعلمت به عيبا كتمته بدليل حديث عثمان قاله فى التهذيب *

﴿ فرع ﴾ شغف بعض الوراقين فى هذا الزمان بأن يجعل بدل شرط البراءة أعلم البائع المشترى أن بالمبيع جميع العيوب ورضى به وظنوا أن ذلك يجوز منهم عن بطلان البيع والشرط على بعض الاقوال فى شرط البراءة وهذا جهل لايجوز فعله ولايفيد (أما) أنه لايجوز فعله فلأنه كذب لأنه لا يمكن اجتماع جميع العيوب فى محل ومنها ماهو متضاد (وأما) أنه لايفيد فلما تقدم أن الصحيح عندنا انه لايكتفى بالتسمية فيما يمكن معاينته كالزنا والسرقة والاباق فذكره مجملا بهذه العبارة كذكر ما يمكن معاينته بالتسمية من غير رؤية فقياسه أنه لايفيد فيه أيضا فهذا فعل باطل وشهادة باطلة تعدت الى تقريرها لأن كثيرا يغيرها ولايجوز للحاكم الزام المشترى بمقتضى هذا الاقرار للعلم بكذبه و بطلانه واذا وقع ذلك يكون حكمه حكم الوشرط البراءة فيفسد العقد على أحد القولين و يصح على الآخر ويبرأ من العيب الباطن المجهول فى الحيوان دون غيره *

الصلابة والرخاوة ومقدار للنفعة إما بالزمان بان يقول لتحرث هذه الأرض اليوم مثلا أو بالعمل بان يقول لتحرث هذه القطعة أو الى موضع كذا منها وفيه وجه آخر أن هذه المنفعة لايجوز تقديرها بالمدة وبه أجاب الشيخ أبو حامد فى التعليق والظاهر الاول واما معرفة الدابة فلابد منها ان كانت الاجارة فى عين وان كانت فى الذمة فكذلك ان قدر بالمدة وجوزناه لان العمل يختلف باختلاف الدابة وان قدر بالارض المحروثة فلاحاجة إلى معرفتها — ومنها الدياس فيعرف المكرى الجنس الذى يريد دياسته وتقدر المنفعة بالمدة أو بالزرع الذى يدوسه والقول فى معرفة الدابة على ماذكرنا فى الحراثة والاستئجار للطحن كالاستئجار للدياس (وقوله) فى الكتاب فى الاستئجار للحراثة فيعرف بالمدة يجوز اعلامه بالواو — ثم فى (قوله) فيعرف بالمدة أو بتعيين الارض فيعرف صلابتها ورخاوتها مضايقة من جهة

(فرع) [illegible] في الروضة قال اصحابنا اذا انعقد البيع لم يتطرق اليه انفساخ الا بأحد سبعة اسباب خيار المجلس والشرط والعيب وخلف الشرط المقصود والاقالة والتحالف وهلاك المبيع قبل القبض (قلت) [illegible] لما كانت ملحقة عند الاكثرين بالعيب وعند بعضهم بالخلف لم تكن خارجة عن ذلك واكن [illegible] عليه رجوع البائع عند افلاس المشترى وله ان يلحقه بالعيب لكن مثل هذا [illegible] العيب والخلف شيئا واحدا فالوجه جعل ذلك قسما آخر وبقي عليه ايضا [illegible] قبل القبض وهو راجع الى هلاك المبيع وبقى أيضا تعذر امضاء العقد كما في [illegible] لمخالفة لها مكايلة كما تقدم على اختلاف فيها (واما) الخيار [illegible] في المرابحة فهو راجع الى العيب لأنه كالعيب في المبيع وقد ذكر المصنف في التنبيه مسألة الاختلاف في قدم العيب وحدوثه واذا باعه عصيرا أوسلمه ولم يذكرها في المهذب في هذا الباب وذكر المسألة الأولى في باب اختلاف المتبايعين وسنشرحها هناك ان شاء الله تعالى بعون الله [illegible] *

ان ما فيه الخيار هو [illegible] بالمدة والضبط بقدر الارش أو بتقدير الارش [illegible] الأرش بالاشارة عند المشاهدة [illegible] بالمقصود (وقوله) على الجملة الى آخره كلام [illegible] ذكره ليعرف مايجب تعريفه في [illegible] شامل لما وقع النص عليه ولغيره والله أعلم *

بعونه تعالى قد تم طبع الجزء الثاني عشر من (تكملة المجموع) شرح المهذب للامام السبكي رضي الله عنه : وذلك (بمطبعة التضامن الأخوي) الكائنة بشارع كفر الزغاري عطفة الشماع رقم ٨ بالحسين بمصر في غرة ربيع الأول سنة اثنين وخمسين وثلثمائة والف هجرية على صاحبها افضل السلام وازكى التحية آمين ويليه الجزء الثالث عشر وأوله من المجموع باب بيع المرابحة ومن كتاب الشرح الكبير للرافعي وكتاب التلخيص الحبير لابن حجر العسقلاني (الباب الثاني في حكم الاجارة الصحيحة) والله ولي التوفيق

﴿ فهرست الجزء الثانى عشر من تكملة المجموع (شرح المهذب) للامام السبكى رضى الله عنه ﴾

صحيفة

صحيفة

صحيفة

صحيفة

(فهرست الجزء الثاني عشر من كتاب فتح العزيز (شرح الوجيز) للرافعي والتلخيص الحبير لابن حجر العسقلاني)

(تم الفهرس)